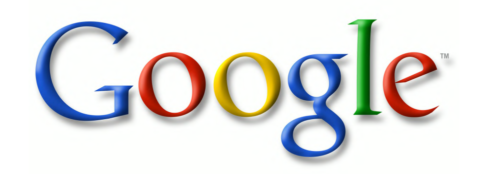


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/


HDI
HL ODSW Z



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 15, 1904

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

Rechtswissenschaft.

Vierter Band.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für practische

Rechtswissenschaft

aus dem Gebiete

des

Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts

mit namentlicher Rücksicht

auf

Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung.

Herausgegeben

von

Dr. Chr. Fr. Elvers, Oberappellationsgerichtsrath in Kassel,
Dr. E. Hoffmann, Hofgerichtsrath in Darmstadt, Dr. M.
Schäffer, Hofgerichtsrath in Gießen und Dr. E. Seitz,
Generalstaatsprocurator in Mainz.

Vierter Band.

Marburg und Leipzig.

Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

1857.

Digitized by Google

Rec. Apr. 15, 1904

Digitized by Google

Inhalt des vierten Bandes.

Seite

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Ueber die stillschweigende Pupillar-Substitution, insbesondere im Verhältniß zur Mutter des Pupillen.

Vom
Oberappellationsrath **Dr. Elvers** in Cassel.

Die nachfolgende Ausführung schließt sich an einen interessanten Rechtsfall, den wir mit den sich widersprechenden Entscheidungen erster und zweiter Instanz zunächst mittheilen.

Johannes K. zu L., geboren im J. 1822, verehelicht seit dem J. 1843, errichtet am 7. Febr. 1849 vor Gericht ein Testament, in welchem es u. a. heißt:

„§. 1. Zu meinem Universal-Erben setze ich meinen einzigen Sohn Elias Karl K. ein. Sollte ich noch Kinder erzeugen, so sollen meine sämmtlichen Kinder meine Universal-Erben zu gleichen Theilen sein. Diesen meinen directen Erben substituire ich diejenigen Personen, welche, wenn ich kinderlos wäre, meine gesetzlichen Erben sein würden.

§. 2. Meine Ehefrau, geb. R., soll das ihr nach den dahier geltenden Bestimmungen (des Solmsischen Landrechtes) zustehende Nießbrauchsrecht an meinem Vermögen so lange ungeschmälert ausüben, als sie sich nicht wieder wird verheirathen. Im Falle sie sich nach meinem Tode wieder anderweit verehelichen

Digitized by Google

sollte, soll ihr der Nießbrauch an meinem ganzen Vermögen so lange zustehen, bis mein Sohn Elias Karl K. volljährig, oder sich in früherem Lebensalter verheirathen wird. Von diesem einem oder anderm Zeitpunkte an sollen ihr im Fall ihrer anderweiten Verehelichung nur zwölf Morgen Gut zur Nutznießung verbleiben. — —

§. 3. Ich bestimme zum Vormund meines Sohnes oder meiner etwaigen weitern Kinder den Schreinermeister Peter W. von hier, welcher neben den übrigen einem Vormunde obliegenden Pflichten darüber zu wachen hat, daß meine Ehefrau mein Vermögen ordnungsmäßig verwalte und die Pflichten einer Nutznießerin erfülle. Sollte dieser nicht Vormund werden, so ersuche ich das Gericht einen solchen zu bestimmen.

§. 5. Wenn ich keine directen Erben hinterlasse, vielmehr die substituirten Erben mir nachfolgen, so soll meine Ehefrau, welche, wenn sie sich nicht wieder verheirathet, wie unter §. 2. angegeben, das Vermögen ungeschmälert ausüben soll, im Fall ihrer Wiederverheirathung den Nießbrauch nur von einem Drittheil meines Vermögens behalten, so daß die substituirten Erben zwei Drittheile desselben ausgeliefert erhalten können". —

Am 12. Juni 1849 stirbt Johannes K. mit Hinterlassung einer Wittwe, Katharina geb. N., und eines unmündigen Sohnes, des zum Erben eingesetzten Elias Karl K. Auch dieser stirbt schon am 28. November 1852 während der Unmündigkeit. Als um Ostern 1853 die Mutter desselben, die Wittwe des Johannes K., sich zum zweiten Male an Caspar B. zu L. verehelicht, treten der Vaterbruder des verstorbenen Johannes K., Peter K., und die Mutterschwester desselben, Dorothea M., als dessen nächste gesetzliche Erben klagend gegen die nunmehr verehelichte B. auf, und bitten unter Bezugnahme auf obige Testamentsbestimmungen, so wie auch die gemeinrechtliche Regel, daß in der Vulgar-Substitution auch die Pupillar-Substitution enthalten sei, die Verklagte zur Herausgabe der Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes mit Vorbehalt der Nutznießung eines Drittheils zu verurtheilen.

Digitized by Google

Verklagte sucht dagegen geltend zu machen, wie die fragliche Erbschaft auf ihren Sohn und von diesem auf sie übergegangen, wie die Substitution nur für den nicht eingetretenen Fall des kinderlosen Ablebens angeordnet, eine Ausdehnung derselben auf den Fall, daß der dem Vater überlebende Sohn während der Unmündigkeit versterben würde, vom Testator nicht beabsichtigt worden sei, auch nach der l. 9. C. 6, 25, *de institution. et substitution.* die Mutter des Kindes den Substituten vorgehe, und ihr jedenfalls die Befugnisse einer Notherbin und Pflichttheilsberechtigten zukämen.

Nach stattgehabten weitern Verhandlungen weist das Justiz-Amt zu L. die Klage als unbegründet zurück, und zwar in Erwägung:

„daß, wenn auch im Allgemeinen die gesetzliche Vermuthung besteht, daß, wenn der Vater in seinem Testamente seinem unmündigen Kinde einen Erben im Allgemeinen substituirt hat, anzunehmen sei, daß der Wille des Testators auch darauf gerichtet gewesen, dem Kinde einen Pupillar-Substituten zu ernennen,

daß jedoch diese Vermuthung nur dann unterstellt werden kann, wenn Gründe nicht bestehen, welche darauf schließen lassen, daß der Testator eine solche Absicht nicht gehabt habe,

daß nun aber das vorliegende Testament allerdings mehrfache Gründe darbietet, welche gegen eine solche Absicht des Testators sprechen, indem nämlich der Unmündigkeit des Sohnes im Testamente mit keinem Worte erwähnt wird, und, wenn auch nicht aus den Worten des §. 1: „wenn ich kinderlos wäre" (da dieses als Zwischensatz eine nähere Bezeichnung der Erben ist, welche der Testator meint), doch aus denen des §. 5, welche im Allgemeinen den Fall besprechen, wenn die substituirten Erben zur Nachfolge kommen, nämlich aus den Worten: „wenn ich keine directen Erben hinterlasse, vielmehr die substituirten Erben mir nachfolgen", zu entnehmen ist, daß der Testator nur an den Fall der Vulgarsubstitution gedacht und daher auch diese nur beabsichtigt hat,

Digitized by Google

und indem, wenn man auch annehmen wollte, daß während im §. 1. ganz allgemein die Substitution enthalten sei, der §. 5. nur den einen Fall derselben, wenn bei dem Tode des Testators der eingesetzte Sohn desselben bereits weggefallen wäre, zum Gegenstande haben solle, doch mit einer solchen Auslegung — außerdem, daß der Ausdruck „vielmehr" hiermit nicht in Einklang zu bringen ist, — die weitere Disposition des Testamentes in Widerspruch steht, welche zugleich einen fernern Grund abgibt, daß der Testator wirklich nichts weiter als eine Vulgar-Substitution beabsichtigt hat,

da er für den Fall, daß sein Sohn ihn überlebe und also beerbe, eine ganz andere Bestimmung bezüglich seiner Wittwe trifft, als für den Fall, wenn sein Sohn vor ihm verstirbt, und zwar für den ersten Fall die im §. 2, daß die Wittwe den Nießbrauch vom ganzen Vermögen haben soll, auch wenn sie sich wieder verheirathen würde, bis zur Volljährigkeit oder Verheirathung des Sohnes, und für den zweiten Fall die im §. 5, daß die Wittwe, wenn sie sich wieder verheirathe, den Nießbrauch am ganzen Vermögen (richtiger, an zwei Drittheilen desselben) verlieren soll, so daß, wenn der Testator eine Pupillar-Substitution beabsichtigt hätte, es ganz unerläßlich gewesen wäre, im §. 2. zugleich eine Bestimmung darüber aufzunehmen, wie es bezüglich des der Mutter gegebenen Nießbrauches am ganzen Vermögen dann gehalten werden solle, wenn der Sohn nach dem Testator in der Unmündigkeit verstürbe. ꝛc. —"

Auf die Berufung der Kläger an das Obergericht zu F., hob dieses untern 2. Sept. 1854 den angefochtenen Amtsbescheid auf, und sprach den Klägern den Nachlaß des Johannes K. nach seinem Bestande zur Zeit des Ablebens des Elias Karl K. vorbehaltlich des von der Verklagten zeitlebens daran zu übenden Nießbrauches zu.

Dieser Bescheid ward auf folgende Erörterung gestützt. „Die Frage, ob die Erbschaft des Johannes K. mit dem Ableben seines Kindes Elias Karl K. nach dem vorgelegten Testamente auf die Kläger als substituirte Erben, oder auf die Verklagte

Digitized by Google

als Intestat-Erbin des Kindes übergegangen sei, muß, abweichend von der Entscheidung des Unterrichters, zu Gunsten der Ersteren beantwortet werden".

„Nach gesetzlicher Vorschrift soll eine Substitution, welche im Verhältniß zu einem als nächsten Erben eingesetzten unmündigen Kinde erfolgt, im Zweifel dahin verstanden werden, daß der substituirte Erbe nicht allein für den Fall, daß der eingesetzte Erbe gar nicht zur Erbschaft gelange, sondern auch, wenn derselbe nach dem Erbschaftserwerb vor der Mündigkeit versterbe, zu der Erbschaft gerufen sei. Es gründet sich diese Auslegungsregel insofern auf die natürliche Grundlage des vermuthlichen Willens des Testators, als es wahrscheinlich ist, daß derjenige, welcher dem eingesetzten Erben einen andern substituirt, diesen letztern auch für den Fall berufen haben will, wenn der erstberufene Erbe zu einer Zeit wieder hinwegfällt, wo ihm eine persönliche selbstständige Herrschaft über das ererbte Vermögen noch gar nicht zu Theil geworden ist, und daß daher der Testator auch von seiner Befugniß, für diesen zweiten Fall die Substitution anzuordnen, habe Gebrauch machen wollen".

„Hiernach eignen sich die Worte im §. 1. des Testamentes: „Diesen meinen directen Erben, substituire ich diejenigen Personen, welche, wenn ich kinderlos wäre, meine gesetzlichen Erben sein würden", vollkommen dazu, daß in solchen auch die s. g. Pupillar-Substitution gefunden werde".

„Ein anderes Resultat vermögen auch die Eingangsworte des §. 5: „Wenn ich keine directen Erben hinterlasse, vielmehr die substituirten Erben mir nachfolgen", nicht zu begründen. Denn diese Worte, welche ohnehin keine selbstständige Disposition, sondern eine Bezugnahme auf die frühere Disposition des §. 1. enthalten, würden sich nach der Sprachweise des Lebens selbst mit der Annahme vereinigen lassen, daß der Testator eine eventuelle Pupillar-Substitution ausdrücklich im Sinne gehabt habe, da er auch für diesen Fall die substituirten Erben als seine (mittelbaren) Nachfolger bezeichnen konnte".

„Ueberdies aber genügt es nicht, um die stillschweigende

Digitized by Google

Pupillar-Substitution auszuschließen, daß der Erblasser nach den bei der Substitutions-Anordnung gebrauchten Ausdrücken zunächst nur den Fall der gewöhnlichen Substitution im Sinne gehabt habe; vielmehr muß ein bestimmter, auf Ausschließung der Pupillar-Substitution gerichteter Wille bewiesen werden. Hierzu aber sind die hervorgehobenen Worte keinenfalls zureichend. Auch der von der Verklagten in Bezug genommenen l. 9. C. *de institutionibus et substitutionibus* (6, 25) kann vorliegend keine Anwendung gegeben werden, da dieselbe einen besondern, hier nicht vorliegenden Fall betrifft".

„Eine Verpflichtung des Vaters, bei der Pupillar-Substitution die Notherben seines Kindes zu berücksichtigen, ist rechtlich nicht vorhanden. Es steht daher auch den aus diesem Gesichtspunkte erhobenen Ansprüchen der Verklagten keine Folge zu geben".

„Es ist demnach die fragliche Erbschaft den Klägern zuzusprechen, um so mehr, als sich aus dem ganzen Testament die Tendenz des Erblassers ergiebt, das nicht unbedeutende Vermögen, vorbehaltlich des seiner Frau daraus zu gewährenden Unterhalts, seiner Familie zu erhalten. In gleicher Weise ist auch bereits früher in Kurhessen Recht gesprochen worden. (Vgl. Decisiones Cassell. T. I, dec. 66.) etc."

Gegen den Bescheid des Obergerichtes appelliren beide Theile an das Oberappellations-Gericht zu Cassel, Verklagte sich beschwerend, daß der Amtsbescheid nicht bestätigt worden, Kläger, daß sie mit ihrem Verlangen zur sofortigen Herausgabe des Nachlasses zu zwei Dritttheilen zurückgewiesen seien. —

Wenn es sich im vorliegenden Falle bloß handelte um die einfache Auslegung der vom Testator gebrauchten Worte: „Diesen meinen directen Erben substituire ich diejenigen Personen, welche, wenn ich kinderlos wäre, meine gesetzlichen Erben sein würden", — so würde hier möglicher Weise eine neue „Causa Curiana" zur Erörterung kommen, insofern nämlich von der einen Seite die *scripta verba*, von der

andern die *Voluntas testatoris* zu vertheidigen wußte. Es würde jedoch einem zweiten L. Crassus hier wohl nicht so leicht werden, allen Richtern gleichmäßig die Ueberzeugung zu verschaffen, daß die Worte des Testamentes nach dem Willen des Testators in dem ausgedehntern Sinne aufgefaßt werden müßten, daß, wenn auch nur einer der instituirten Erben wirklich als Erbe einträte, aber in der Unmündigkeit vor dem Testator versturbe, die Substituten auch für diesen Fall Erben werden sollten 1). Allein einem Streite dieser Art ist dadurch vorgebeugt, daß schon in der Römischen Kaiserzeit namentlich unter Einfluß der Kaiser Marc Aurel und Verus der Rechtssatz sich bildete und der Auslegung der Testamente zu Hülfe kam, daß der vom Testator gebrauchte Ausdruck *substituere*, im Fall der Erbeinsetzung eines Filius impubes, „*in utrumque casum*" bezogen werden solle, d. i. sowohl auf den Casus *primus* und

1) In der Causa Curiana handelte es sich um die Frage, ob in der Pupillar-Substitution die Vulgar-Substitution enthalten sei? (Vgl. *Cicero* de oratore II, 32) Sie wurde vor dem Centumviral-Gerichte verhandelt, Scaevola vertrat den Intestat-Erben, L. Crassus den Substituten, M. Curius. *Cicero* de oratore I, 39: „quum Scaevola — ex scripto testamentorum jura defenderet, — ego (Crassus) voluntatem defenderem, hunc eum sensum fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in tutelam veniret, M. Curius esset heres". Orat. pro Caecina, 18: „Ornate et copiose L. Crassus — judicio centumvirali hanc sententiam defendit, et *facile* — probavit omnibus: M. Curium, qui heres institutus esset ita: mortuo postumo filio, cum filius non modo non mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? *verbis* satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? *voluntas* etc." S. a. Cicero, Brutus, 39. 52; de inventione, II, 42; Topica 10; *Quinctiliani* instit. orat. VII, 6. Dieser Fall war so berühmt geworden, weil hier der Kampf zwischen Verba und Voluntas testatoris, zwischen strictum und aequum jus in causis testamentorum, mit Hülfe der Redner und des Centumviral-Gerichts wohl zuerst einen entschieden günstigen Ausgang zu Gunsten der Aequitas genommen hatte. Er trug aber insbesondere auch wesentlich dazu bei, die von der spätern Gesetzgebung und Praxis hinsichtlich der Substitution aufgestellten Grundsätze vorzubereiten.

Digitized by Google

vulgaris, der durch die Formel ausgedrückt ward: „*si heres non extiterit*“, als auf den Casus *secundus*: „*si heres extiterit et impubes decesserit* [2])“.

Jetzt kann nur noch darüber gestritten werden, welche Bedeutung jenem Rechtssatze als solchem beizulegen ist, ob nämlich mit ihm wieder ein strictum jus, wie solches einst in Betreff der scripta verba vom Scaevola und andern strengen Rechtsgelehrten vertheidigt wurde, in diese Materie eingeführt sei, oder ob der von Crassus und andern Rednern vertretenen Voluntas noch immer die letzte Entscheidung gebühre, mit andern Worten, ob der Richter, weder rechts noch links sehend, bei seiner Entscheidung allein durch eine gesetzlich vorgeschriebene *Praesumtio juris*, wornach namentlich in der Vulgar-Substitution auch die Pupillar-Substitution enthalten sei, sich leiten zu lassen habe, oder ob er auch jetzt noch bei der Anwendung einer testamentarischen Bestimmung über Substitution vor allem die *Voluntas testatoris* im Auge behalten, und daher neben jenem Rechtssatze auch andere Momente, aus denen diese zu entnehmen ist, beachten müsse?

Berücksichtigt man die Grundsätze, welche grade zu jener Zeit, wo der gedachte Satz sich feststellte, hinsichtlich der Auslegung der Testamente allgemeine Geltung erlangt hatten [3]), so dürfte es nicht zu bezweifeln sein, daß die Kaiser und Rechts=

---

2) *Modestinus* lib. singul. de eurematicis, l. 4. pr. D. 28. 6, *de vulgari et pupillari substitutione*: „*Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri constitutione*, ut cum pater impuberi filio in *alterum* casum substituisset, in *utrumque casum* substituisse intelligatur, *sive filius heres non extiterit*, *sive extiterit et impubes decesserit*“. Daß hiernach auch die in der Causa Curiana verhandelten Frage von der in der Pupillar-Substitution enthaltenen Vulgar-Substitution zu Gunsten der letztern gesetzlich entschieden war, versteht sich von selbst, obschon solches mit Unrecht von Einigen geleugnet worden ist. S. die ausführliche Widerlegung dieser Zweifel von Mühlenbruch in der Forts. v. Glück, Bd. 40. S. 269—291. Vgl. auch v. Vangerow, Leitfaden §. 451.

3) Vgl. Elvers, über die Interpretation der Testamente, Themis, Neue Folge, Bd. I. H. II, N. 8.

Digitized by Google

gelehrten dieser Zeit, unter deren Einfluß sich der Rechtssatz von der Anwendung der gedachten Substitutio „in utrumque casum“ bildete, weit davon entfernt waren, durch ihn ein neues strictum jus, das unabhängig von der Voluntas testatoris zur Anwendung käme, ins Testaments-Recht einzuführen.

Wohl erkannte man noch immer an, daß Fragen, welche „*ex ipso testamento*“ sich erhöben „*secundum scripti juris rationem*“ erledigt werden müßten [4]), weshalb z. B. der Satz: „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“ [5]), auch auf testamentarische Bestimmungen angewendet wurde. Allein daneben stand nicht nur die Auslegungsregel volle Anerkennung: „cum in testamento ambigue aut etiam *perperam* scriptum est, benigne interpretari, *et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est* [6])“; sondern es stand auch fest, daß alles, was „*extra testamentum*“ in Frage kam, *ex bono et aequo* beurtheilt werden mußte [7]), so wie es in dieser Beziehung auch nicht selten hieß: „licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur“ [8]).

Hiernach dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Kaiser und Rechtsgelehrten jener Zeit es als eine *Subtilitas juris* bezeichnet haben würden, wenn Jemand, darauf sich stützend,

---

4) *Gajus* lib. 1. de testamentis, l. 16. D. 35, 1, *de conditionibus et demonstrationibus.*

5) *Paulus* lib. I ad Neratium, l. 25. §. 1. D. 32, *de legatis III.*

6) *Marcellus* lib. II. digestorum, l. 24. D. 34, 6, *de rebus dubiis.*

7) *Gajus* lib. I. de testamentis, l. 16 cit.

8) *Papinianus* lib. 5. responsor. l. 17. D. 28, 3, *de injusto, rupto, irrito facto testamento.* Vgl. auch Elvers, theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen, veranlaßt durch zwei Gutachten gegen die Rechtsbeständigkeit der Stiftung und Erbeseinsetzung des Städel'schen Kunst-Instituts zu Frankfurt a. M. Göttingen 1827, besonders Erörterung I. Von Billigkeit und strengem Rechte, Gesetzgebung und Praxis im Allgemeinen. II. Von der in Testamentssachen nach Römischem und canonischem Rechte, so wie nach der Praxis pflichtmäßig zu berücksichtigenden Billigkeit.

Digitized by Google

daß jener Satz von der Anwendung der Substitutio „in utrumque casum" nunmehr *Jus* sei, denselben blind ohne alle weitere Berücksichtigung der Voluntas testatoris hätte anwenden wollen, und daß sie um so mehr einen Schutz der Voluntas testatoris „*ex bono et aequo*" würden haben eintreten lassen, als auch hier der allgemeine Grundsatz seine Wahrheit hätte: „Non oportere jus civile *calumniari*, *neque verba captari*, sed *qua mente quid diceretur*, animadvertere convenire"[9]. Wenn wir nun aber die Absicht des D. Marcus und Verus erwägen, durch deren Constitution nach dem Ausspruch des Modestinus in der l. 4. cit. der Satz von der auf beide Fälle zu beziehenden Substitution als Rechtssatz, als *Jus*, festgestellt worden ist, so ging diese offenbar nur dahin, die vorausgesetzte Voluntas testatoris gegen die sich stets wiederholenden Angriffe der Vertreter der strengwörtlichen Auslegung der Testamentsworte ein für allemal sicher zu stellen, so daß es keines weitern Streites über die Möglichkeit der Ausdehnung des gebrauchten Ausdruckes: Substitutio, „in utrumque casum" bedürfe[10]. Allein diese Waffe für die Voluntas in eine Waffe gegen sie verwandelt zu sehen, würde der Absicht jener Kaiser gewiß nicht entsprechen. Vielmehr mußte es auch nach ihnen die Hauptaufgabe des Richters bleiben, die Voluntas testatoris zu ermitteln und dieser volle Geltung zu verschaffen, daher jenen Rechtssatz auch nur unter der Voraussetzung anzuwenden, daß der Wille des Testators wirklich einer derartigen rechtlich gestatteten Ausdehnung des gebrauchten Ausdruckes: „Substituere" entspräche, daß es sich also wirklich um die auf solche Weise zu schützende *Voluntas testatoris* handle. Daß widrigenfalls eine calumniöse Subtilitas

---

9) *Paulus* lib. 4. epitom. *Alfeni*, l. 19. D. 10, 4, *ad exhibendum*.

10) Mit Recht bemerkt von Vangerow a. a. O: „Hatte nun auch einmal der Testator nur einen der beiden Casus erwähnt, ohne jedoch den andern auszuschließen, so mußte gewiß die Annahme sehr natürlich erscheinen, es sei dieß nur ein enger Ausdruck für einen weitergehenden Willen und auch der andere *Casus* sei in der Absicht des Testators begründet".

Digitized by Google

juris vorläge, erhellt einfach schon daraus, daß der durch blinde Anwendung jenes neuen Rechtssatzes als Substitut zur Erbschaft Gelangte, seine Stellung weder dem letzten Willen des Testators, noch etwa seiner Eigenschaft als Intestat-Erbe, sondern lediglich einem Rechtssatze verdanken würde, den die Kaiser nur zum Schutz der Voluntas testatoris aufgestellt hätten, und der nun ganz gegen ihre Absicht zur wesentlichen Beeinträchtigung derselben angewendet würde. Daher konnte es denn auch nicht zweifelhaft sein, daß wenn das Dasein einer *contraria* voluntas nachgewiesen würde, jene rechtliche Vermuthung für den weitern Sinn der Substitution keine Anwendung litte, wie dieß namentlich der Kaiser Alexander Sever in einem Rescripte an den Firmianus aussprach[11]). Es frägt sich jedoch, ob dieß die einzige Beschränkung war, ob jener Rechtssatz von der Ausdehnung der Substitutio impuberi facta „in utrumque casum" von der vom Richter sonst selbstständig zu erforschenden Voluntas testatoris insoweit abgelöst werden durfte, daß der Wille des Testators überall nur in so weit noch in Betracht käme, als der Gegner des Substituten darzuthun vermöchte, daß ein entgegenstehender Wille des Testators vorliege, ob, mit andern Worten, das Obergericht im vorliegenden Falle mit Recht angenommen hat, daß ein bestimmter, auf Ausschließung der Pupillar-Substitution gerichteter Wille bewiesen werden müsse?

Bekanntlich bedürfen die kaiserlichen Rescripte bei ihrer Auslegung großer Vorsicht, damit nicht zufällige, oft durch die Eigenthümlichkeit des zu beurtheilenden Falles hervorgerufene Aeußerungen als wesentliche Feststellungen aufgefaßt werden. Daß der Kaiser in dem fraglichen Rescripte der l. 4. C. 6, 26 nur

11) L. 4. C. 6, 26, *de impuberum et aliis substitutionibus*: „Quamvis placuerit, substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita: *si heres non erit*, porrigi ad eum casum, quo, posteaquam heres extitit, *impubes decessit*: *si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur*, etc".

des Hauptfalles, wo die gesetzliche Vermuthung keine Anwendung leide, nämlich wenn die *contraria voluntas* erwiesen vorliege, und daher von einer Vermuthung überall nicht mehr die Rede sein könne, hat gedenken wollen, ohne aber damit zu behaupten, daß in allen andern Fällen jene Vermuthung volle Anwendung erleide, geht schon aus den weitern Worten des gedachten Rescriptes hervor. Denn hier wird der auch in andern Stellen erwähnte Grundsatz in Bezug genommen, daß wenn neben dem Filius impubes eine dritte Person, z. B. die Ehefrau des Testators, instituirt ist, für welche der Testator nicht, wie für den Pupillen, ein Testament errichten kann, und nun beiden gleichmäßig substituirt ist, die Substitution nur als diejenige aufgefaßt werden soll, welche gleichmäßig für beide gelten kann, demnach als Vulgar-Substitution, so daß des vermuthlichen Willens des Testators wegen die Auffassung derselben als Pupillar-Substitution hier wegfällt [12]. Auch bei *Modestinus* in der oben angezogenen Stelle wird einer ähnlichen Beschränkung gedacht [13], woraus erhellt, daß die dort weiter gemachte Aeußerung: „in altero utraque substitutio intelligitur, *si voluntas parentis non refragetur*", nur bedeutet, daß nur

12) L. 4. cit. „Cum tamen proponas ita substitutionem factam esse: „Si mihi Formianus filius et Aelia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Formianus heres esto", *manifestum est, in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit*" (i. e. vulgo *primum*, seu *vulgarem* casum).

13) L. 4. §. 2. D. 28, 6, *de vulgari et pupillari substitutione*: „Sed si alter (filius) pubes, alter impubes hoc communi verbo: *eosque invicem substituo*, sibi fuerint substituti, in *vulgarem* tantummodo casum factam videri substitutionem, *Severus* et *Antoninus* constituit. *Incongruens* enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris". Vgl. die angezogene Constitutio *Severi* et *Antonini* in l. 2. C. 6, 26. — Eigenthümliche Ausführungen über die l. 4. cit. und deren Auslegung finden sich bei von Wening-Ingenheim, Beiträge zur Lehre von der Substitution, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. III, N. 6, §. 6, S. 129—137. S. auch von Vangerow, Leitfaden §. 453, Anm. 1.

Digitized by Google

den Umständen auf die vorhandene, oder nicht vorhandene Uebereinstimmung mit der Voluntas testatoris geschlossen und darnach der Ausdruck: Substitutio, im engern oder weitern Sinn aufgefaßt werden soll, ohne daß es eines Beweises der *contraria voluntas* bedarf [14]. Daß die Frage über den Umfang der Substitutio impuberi facta, ungeachtet der Constitutio Divi Marci et Veri noch immer eine *„Quaestio voluntatis"* sei, geht auch aus dem hervor, was Justinian in einer weiter unten genauer zu erörternden Decision über einen hinsichtlich eines speciellen Falles von Ulpian und Papinian gehegten Zweifel berichtet, die jedoch beide darüber einig waren, daß es sich in Fällen solcher Art um eine *Quaestio voluntatis* handle, wie denn auch aus dem über Papinian weiter Angeführten deutlich erhellt, daß er durch jene Rechtsregel in der freien Beurtheilung der Voluntas testatoris sich nicht beengt erachtete, sondern alle dafür in Betracht kommenden Momente in Erwägung zog.

Damit aber, daß behauptet wird, daß die durch die Constitutio Divi Marci et Veri aufgestellte Rechtsregel die freie Er-

---

14) Auch Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück, Bd. 40, S. 300 bemerkt zu dieser Stelle: „Daß dies aber nicht bedeutet: der entgegenstehende Wille des Testirers müsse unzweifelhaft feststehen, beweist die in der nämlichen Stelle vorgetragene Beschränkung für den Fall, wenn nur Einem von mehreren Miterben in utrumque casum substituirt werde, so wie durch die in andern Fällen blos nach Wahrscheinlichkeitsschlüssen gegen eine duplex substitutio erfolgte Entscheidung".

15) *Justinianus* (Joanni P. P. Ca. 331), l. 9. C. 6, 25, *de institutionibus et substitutionibus*: „Cum quidam praegnantem habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adjecit: *si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse*, postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid juris sit, tam *Ulpiano*, quam *Papiniano*, viris disertissimis *voluntatis esse quaestionem* scribentibus; cum opinabatur *Papinianus*, eundem testatorem *voluisse*, postumo nato et impubere defuncto, matrem magis ad ejus venire successionem, quam substitutum. Si enim suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. etc."

wägung der wirklich vorhandenen Voluntas testatoris nicht ausschließt und die Unanwendbarkeit derselben daher nicht bloß im Fall der klar nachgewiesenen *contraria* voluntas eintritt; ist jedoch nicht mit dem Unterrichter im vorliegenden Falle anzunehmen, daß der Testator die Anwendung der angeordneten Substitutio in utrumque casum, auch wirklich im Sinne gehabt haben müsse. Hier treten vielmehr dieselben Regeln ein, welche hinsichtlich der Gesetze neben der directen Anwendung eine analoge zulassen, so daß es nicht bloß auf die *Mens legislatoris*, sondern auf die *Ratio legis* ankommt, aus welcher die analoge Anwendung überall gerechtfertigt wird, wo es sich nicht von einer singulären Anordnung handelt. Darnach kann nicht gefordert werden, daß der Testator die Ausdehnung der Substitution auf den Casus secundus mit klarem Bewußtsein gedacht und ausdrücklich gewollt habe; sondern es genügt, daß die Gesetzgebung das leitende Princip, die Ratio der Substitutio impuberi facta in der Art anerkannt und festgestellt hat, daß hieraus die Anwendung derselben „in utrumque casum" als dem Willen des Testators im weitern Sinne entsprechend, sich von selbst ergibt, so lange nicht aus den Umständen hervorgeht, daß der Testator die Anordnung als eine singuläre getroffen hat, und daher die Ausdehnung derselben in utrumque casum nicht gewollt habe.

In Uebereinstimmung mit dem oben Entwickelten, finden wir nun auch von neuern Rechtslehrern die Natur der fraglichen Rechtsregel bezeichnet, wenn gleich über den Ausdruck noch eine Verschiedenheit obwaltet. So bezeichnet Mühlenbruch[16]) den Satz, daß die Substitutio simplex als duplex auszulegen sei, als Regel, welche indessen Beschränkungen erleide, die sich im Allgemeinen auf eine entgegenstehende, wirklich vorhandene, oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmende Willensmeinung des Testirers zurückführen ließen[17]). Von Vangerow[18])

16) Mühlenbruch, Fortsetz. von Glück, Bd. 40, S. 281.

17) A. a. O. S. 299, faßt Mühlenbruch diesen Satz dahin: „Die

will dagegen in jenen Entscheidungen nicht sowohl Ausnahmen, als vielmehr nur consequente Anwendungen der richtig aufgefaßten Regel anerkennen, und es versteht sich nach ihm von selbst, daß man bei jenen (in den angezogenen Stellen enthaltenen) Entscheidungen nicht stricte stehen bleiben darf, sondern sie überall in Anwendung bringen muß, wo aus der Ausdrucksweise des Erblassers die Absicht desselben hervorleuchtet, die Disposition auf die Vulgar-Substitution zu beschränken. — Auch Göschen[19]) bemerkt gewiß nicht ohne Grund in Betreff der Anwendung der fraglichen Regel, „daß sie durchaus nur subsidiärer Art ist, und sie ist gar nichts anderes, als eine gesetzlich anerkannte *Interpretatio voluntatis*, welche da wegfällt, wo entweder der Testator eine entgegengesetzte Absicht ganz ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, oder ganz besondere Gründe vorhanden sind, eine entgegengesetzte Absicht auch nur zu vermuthen; die Regel also nur gilt: *si voluntas parentis non refragetur*“.

Wenn wir nun hiernach der Frage näher treten, ob in dem vorliegenden Falle Gründe vorliegen, welche eine gegen die Ausdehnung der angeordneten Substitution gerichtete Absicht des Testators auch nur vermuthen lassen oder wahrscheinlich machen, der stattgehabten Substitution also überhaupt einen

---

Regel ist: die simplex substitutio gilt als duplex, falls nicht in den Verhältnissen oder dem Ausdruck der Disposition etwas liegt, wodurch es wahrscheinlich wird, der Testirer habe nur für Einen Fall substituiren wollen“. — Weniger klar und verständlich ist, wenn er weiterhin bemerkt, S. 300: „Und nimmt man an, daß die gesetzliche Regel die Gränzen logischer Wahrheit überschreitet, so daß man sie nicht eine Schlußfolgerung, sondern eine gesetzliche Präsumtion nennen darf, so wird man gewiß geneigt sein, jeden Umstand und jede Aeußerung des Testirers, welche gegen den Schluß Zweifel erregen können, als eine Wahrscheinlichkeit gelten zu lassen, daß er die duplex substitutio nicht gewollt habe“. S. auch die Ausführungen S. 304 und 305.

18) Von Vangerow, Leitfaden, §. 453, Anm. 1.

19) Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht, Bd. III, §. 848, S. 189.

Digitized by Google

singulären Charakter beilegen, so werden wir auf einen Umstand hingewiesen, der sowohl an sich, als nach den darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen einer sorgfältigen nähern Erörterung bedarf. Dieß ist nämlich der Umstand, daß der Testator außer seinem unmündigen Sohne auch eine Wittwe, die Mutter desselben, hinterlassen, und diese ihren Sohn überlebt hat.

Vom Standpunkte des ältern Römischen Rechtes aus betrachtet, konnte dem Umstande allein, daß der Pupill eine Mutter hinterließ, eine große Bedeutung kaum beigelegt werden. Denn das ältere Jus civile gestand der Mutter dem Sohne gegenüber kein Erbrecht zu; der Prätor berief sie allein in der Klasse: unde cognati, und das spätere SC. Tertullianum machte ein Erbrecht von dem Jus trium, seu quatuor liberorum abhängig[20]). Von natürlichen Officia pietatis des Kindes gegen die Mutter und einem hierauf sich gründenden praktisch durchführbaren Erbanspruche derselben konnte auch nicht die Rede sein, weil das Centumviral-Gericht die Querela inofficiosi testamenti bekanntlich auf den „Color insaniae" gründete, dieser aber nicht soweit reichte, daß er auch gegen den für sein unmündiges Kind testirenden Vater geltend gemacht werden konnte[21]). Da

20) *Gajus*, III, 18, 24, 25; *Ulpianus*, XXVI, 8; pr. §. 1, 2. T. 3, 3, *de SCto Tertulliano*. Zwar heißt es §. 1. J. c. t. bei der Aufzählung der spätern Emendationen dieser „Juris angustiae": „Et primus quidem *Divus Claudius* matri, *ad solatium liberorum amissorum*, legitimam eorum detulit hereditatem". Schrader bemerkt hierzu: „De Claudio in hac re, praeter nostrum locum, altum silentium. — Fortasse singulari casu matri, in privilegii vicem filii hereditatem concessit". Damit scheint jedoch die Fassung der Stelle nicht wohl vereinbarlich. Aus *Ulpianus*, XVI, 1. sehen wir, wie das solidi capiendi jus der Ehegatten auch an Alter und Zahl der *Liberi amissi*, der früher verlorenen Kinder geknüpft war. An Voraussetzungen dieser Art mag jene „legitima hereditas ad solatium liberorum amissorum" geknüpft gewesen sein, und vielleicht reiht sich hieran auch jene „luctuosa hereditas" der Mutter, deren Papinian in jener oben angezogenen Decision Justinians, l. 9. C. 6, 25. gedenkt. —

21) *Ulpianus* lib. XIV. ad edictum, l. 8. §. 5. D. 5, 2, *de inofficioso testamento*: „Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, *quia pater ei hoc fecit*".

Digitized by Google

hiernach die Mutter ihr in der Unmündigkeit versterbendes Kind nur in seltenen Ausnahmsfällen ab intestato beerbte, so war nicht anzunehmen, daß der Testator bei der Anordnung der Substitution für sein unmündiges Kind auf die überlebende Mutter als solche irgend welche Rücksicht nehmen würde, weshalb denn auch das Dasein der Mutter nicht wohl eine Veranlassung sein konnte, die Substitution nach dem vermuthlichen Willen des Testators auf den ersten Fall zu beschränken[22]. Wenn daher Papinian in dem von Justinian mitgetheilten Falle von der nach dem vermuthlichen Willen des Vaters an die Mutter gelangenden „*successio*“ und „*luctuosa hereditas*“ des Sohnes redet, so muß hier einer jener seltenen Fälle vorgelegen haben, in denen der Mutter überhaupt ein gesetzliches Erbrecht gegen ihren Sohn zustand, und welches daher der Vater bei der Anordnung der Substitution nicht außer Acht lassen konnte. Papinian fand hierin einen Grund, zu Gunsten der Mutter eine Beschränkung der Substitution auf den ersten Fall anzunehmen, wobei er jedoch auch auf den Umstand Gewicht legte, daß der Testator die Mutter zugleich zur Erbin eingesetzt und auf diese Weise seine ihr geneigte Gesinnung noch besonders ausgedrückt hatte. Es scheint, als wenn Ulpian diesen Umstand nicht für entscheidend, und den gesetzlichen Erbanspruch der Mutter allein schon für genügend erachtete, und eben deßhab Justinian später veranlaßt wurde, durch seine Decision grade den Zweifel Papinians zu beseitigen. Wenigstens spricht für die entscheidende Wichtigkeit des etwa vorhandenen Erbrechts der Mutter, um die sonst zu Gunsten des Substituten eintretende gesetzliche Präsumtion auszuschließen, ein lange vor der Decision Justinians erlassenes Rescript des Kaisers Alexander Sever[23]),

---

22) L. 9. C. 6, 25, *de institut. et substitut.*

23) L. 6. C. 6, 21, *de testamento militis*: „— Sed cum ex testamento militis controversiam esse proponas, defuncta parvula ejus filia posteaquam heres exstitit patri, cum qua simul aequis partibus heres institutus eras, substitutione invicem facta, *et mater quidem intestatae filiae sibi successionem de-*

Digitized by Google

das durch bloße Bezugnahme auf das darin erwähnte Testamentum militis allein nicht mit von Wening-Ingenheim und von Vangerow (a. a. O.) beseitigt zu werden vermag. Es hatte nämlich ein Miles neben seiner unmündigen Tochter seinen Bruder instituirt und beide einander substituirt, was aus dem Grunde für beide Fälle gültig war, weil zu den Privilegien des Miles gehört, daß er für jeden eingesetzten Erben testiren kann, wodurch die rechtliche Lage beider Instituirten gleich, und die gegenseitige Substitution möglich ward. Es stirbt nun die unmündige Tochter und die Mutter macht ein Intestat-Erbrecht geltend, was demnach voraussetzt, daß auch hier einer jener Ausnahmsfälle vorliegt; der Substitut wendet sich dagegen an den Kaiser, der das angezogene Privilegium der Milites zwar bestätigt und demgemäß die Substitution auch in ihrer möglichen Eigenschaft als Pupillar-Substitution anerkennt, jedoch hinzufügt: *„Sed tibi probandum est, an ita frater tuus senserit"*. Hiernach sollte die gesetzliche Präsumtion hier nicht ohne weiteres genügen, sondern vom Substituten noch der Beweis geführt werden müssen, daß der Testator die Substitution in diesem Umfange gewollt habe, so daß ohne einen derartigen Beweis die Mutter mit ihrem Intestat-Erbrecht dem Substituten vorgehen solle, ohne daß dieser Vorzug von einer Miterbeseinsetzung der Mutter irgend abhängig gemacht ward. Eigenthümlich ist in diesem, wie in dem von Papinian beurtheilten Falle nur, daß hier ein nach dem ältern Recht nur Ausnahmsweise eintretendes Intestat-Erbrecht der Mutter vorausgesetzt wird.

Inzwischen hatte nun aber Justinian schon im J. 528 seine berühmte Verordnung erlassen, wodurch er allen Müttern die legitima jura einräumte, welche sie nach dem SC. Tertullianum

---

sentiat, tu autem ex substitutione ad te pertinere contendis, juris quidem ratio manifesta est, licere militibus proprio privilegio etiam heredibus extraneis, posteaquam heredes extiterint, mortuis substituere. *Sed tibi probandum est, an ita frater tuus senserit"*.

Digitized by Google

nur durch das Jus liberorum erlangten[24]). Dadurch war jener Zweifel Papinians viel wichtiger geworden, da nunmehr der Testator nicht bloß in einzelnen seltnen Fällen, sondern stets die der Mutter, ihrem in der Unmündigkeit versterbenden Kinde gegenüber zustehende legitima hereditas zu berücksichtigen hatte. Erwägt man nun aber, wie Justinian von sich selbst in den Institutionen (§. 4. cit.) erzählt: „nos (illa) constitutione — matri subveniendum esse existimavimus, *respicientes ad naturam, et puerperium, et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam*“, so kann es nicht zweifelhaft erscheinen, daß er den Zweifel Papinian's, der geneigt war, das Recht der Mutter noch von ihrer Erbeseinsetzung abhängig zu machen, entschieden mißbilligen würde. Er mußte voraussetzen, daß, so wie Er in der obigen Verordnung vom J. 528, so auch jeder Testator, der ein unmündiges Kind und dessen Mutter hinterlasse, eingedenk sein werde des natürlichen Verhältnisses zwischen Mutter und Kind, und der Lebensgefahr, mit der sie es geboren, so wie des nunmehr vom Kaiser ihr unbeschränkt zugestandenen gesetzlichen Erbrechts, und daß daher der Vater und Ehemann bei der Substitution für sein unmündiges Kind, so lange das Gegentheil nicht klar ausgesprochen sei, nur an den ersten Fall: „si heres non exstiterit“, nicht aber auch an den zweiten Fall, „si heres exstiterit et impubes decesserit“, gedacht habe, wenigstens nicht für den vorausgesetzten Fall, daß die Mutter ihr Kind überleben werde. Hiernach ist es nun nicht als zufällig, sondern durchaus als wesentlich zu betrachten, daß Justinian in den eigentlichen Verba decisiva seiner Verordnung das Verhältniß der Mutter und des Substituten ganz allgemein feststellt, ohne der von Papinian berücksichtigten Erbeseinsetzung der Mutter

---

24) L. 2. C. 8, 59, *de jure liberorum*: „Illam injuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae praeteritis fiebat temporibus, pro justitiae ratione amputamus, et legitima jura, quae ex Tertulliano SCto ei praestantur, *omnimodo* eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua, vel libertina quatuor *minime* pepererit“. Cf. §. 4. J. 3, 3.

Digitized by Google

weiter zu gedenken, indem eben diese aus dem Zweifel Papinians hervorgehende Beschränkung von Justinian, und zwar in Uebereinstimmung mit dem obigen Rescripte Alexander Severs, beseitigt wurde. Dagegen konnte Justinian insofern unbedenklich an den von den beiden ältern Juristen behandelten speciellen Fall anknüpfen, und daher die Form der Decision, statt einer, unabhängig von den Controversen der ältern Juristen zu fassenden Verordnung erwählen, als er in der eigentlichen Decision noch des *Postumus* gedachte; indem er wohl voraussetzen durfte, daß man ihm nicht eine absichtliche Unterscheidung zwischen dem Postumus und Filius impubes unterstellen werde, da beide durchgängig gleich behandelt werden und nicht entfernt abzusehen, weshalb gerade hier eine Verschiedenheit eintreten sollte.

Betrachten wir nun von diesem so gewonnenen Standpunkte aus nochmals die Worte der eigentlichen Decision Justinians in der l. 9 cit.:

> „Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, *substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit*“,

so können wir kein Bedenken tragen, uns zu der Ansicht derjenigen ältern und neuern Juristen zu bekennen, welche dieser Decision insofern eine allgemeinere Bedeutung beilegen, als nach ihr jeder Mutter, sie mag zur Erbin eingesetzt sein oder nicht, es mag im Testamente von einem Postumus oder Natus die Rede sein, im Zweifel, d. i. so lange der Testator nicht das Gegentheil angeordnet hat, der Vorzug vor dem Substituten zusteht, und die Substitution demnach für einen solchen Fall, wo die Mutter ihr unmündiges Kind überlebt, nur als Vulgar-Substitution aufzufassen ist[25]).

---

25) Schon die Glosse zu dieser Stelle bemerkt: „Sic ergo nota

Gegen obige Zeugnisse der ältern Praxis über den Vorzug der Mutter vor dem Substituten scheint aber noch ein Bedenken aus dem canonischen Rechte[26]) sich zu erheben, wo nämlich den

quod tacita substitutio contra matrem non admittitur; **sed hoc dicunt esse verum, cum elipsa sit instituta, non aliter;** *nos idem semper*". *Bartolus* (Cousil. 243, n. 2) will ebenfalls zu Gunsten der Mutter ganz allgemein die **Interpretatio extensiva** ausgeschlossen wissen. Neuerdings hat auch Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts. S. 359 darauf aufmerksam gemacht, daß schon die Glosse, imgleichen *Bartolus* und *Baldus* den allgemeinen Satz enthielten, daß die Substitutio duplex tacita überall nicht zum Nachtheil der Mutter eintrete. In *Dominici Tuschi* **practicae conclusiones, T. VII, Concl. 820.** finden sich die Ansichten der ältern Praktiker über die Frage: „*Substitutio pupillaris quando excludat matrem, vel non*", ausführlich und vollständig zusammengestellt. Die durchgehende Ansicht ist, „*ut tacita pupillaris contenta in vulgari non excludat matrem*". Zu den eigenthümlichen Beschränkungen, welche angenommen wurden, die aber ebenfalls auf die zu vermuthende *Voluntas testatoris* bezogen wurden, gehörte u. a.: „**Restringe, quando** *monasterium*, **vel** *causa pia* **esset substitutum vel substituta, quia tunc tacita pupillaris, quae est in vulgari, excludit matrem** *ex mente testatoris*, *qui plus animam diligit, quam uxorem*". — Auch die ältern Gerichtshöfe erkannten jenen Vorzug der Mutter vor dem Substituten an, wie aus den Zusammenstellungen bei *Marta*, **digesta novissima, T. V, p. 77, 91 sq.** erhellt. So heißt es dort z. B. **ex decisione Senatus Pedemontani, Consilii Neapolitani, Parlamenti Tholosani: „Si mater est in medio, et communibus verbis facta sit substitutio,** *semper in favorem matris senatus judicavit*". Hiermit stimmt auch die Deutsche Praxis vollkommen überein. **Cfr.** *Sam. Stryk*, **de cautel. testam. cap 18, n. 2, §. 18.** Der Heros der Theoretiker, *Cujacius*, führte hiermit übereinstimmend aus: **Observat. XII, 27 inf.: „Quod aequum sit, matrem, ad quam summus moeror morte filii pervenit,** *et amissi filii et luctuosae hereditatis damnum non sentire ex solo tacito intellectu pupillaris substitutionis*". S. a. *Gothofredus* **ad l. 9 cit.** — Von den neuern Civilisten bemerkt u. a. Göschen a. a. O. §. 848, in Uebereinstimmung mit dem über die Natur der **Subst. pupill. tacita** Ausgeführten von der l. 9 cit. ganz allgemein: „Hier entscheidet Justinian, daß unsere Regel nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn das Kind die Mutter überlebt hat".

26) *Bonifacius* **VIII, c. 1. in 6to. 3, 11,** *de testamentis*.

Digitized by Google

„*Christi pauperes*", als Substituten, der Vorzug vor der Mutter beigelegt wird. Allein es ist nicht zu übersehen, daß es sich hier von einer pupillaris substitutio *expressa* handelt, obschon diese Stelle auf die von *Dominicus Tuscus* erwähnte Beschränkung unseres Grundsatzes zu Gunsten der piae causae Einfluß geübt haben mag.

Was nun aber die neuere Jurisprudenz betrifft, so ist diese, irre geführt durch *Averanius*[27]), allerdings fast durchgängig geneigt, die l. 9. als eine singuläre Bestimmung Justinians aufzufassen, und sie daher auch nur unter den Voraussetzungen des dort vorgetragenen Falles gelten zu lassen, wobei einige Rechtslehrer sogar soweit gehen, auch die Voraussetzung des instituirten Postumus für eine wesentliche zu halten[28]). Unserm Dafürhalten nach hängt dieß mit einer einseitigen dialectischen Behandlungsweise der Rechtsquellen zusammen, welche geneigt ist, die einzelnen Stellen aus dem lebendigen Zusammenhang der Rechtsentwicklung herauszureißen und daher den concreten Zufälligkeiten auch da eine Bedeutung beizumessen, wo sie solche

27) Interpretationes juris, Lib. III, cap. 16, §. 9: „Ac vix induci possum, ut assentiar Cujacio, qui putat, matrem filio successuram fuisse, etiamsi ejus coheres scripta non fuisset etc."

28) Unter Berufung auf *Averanius* ist es, nach Westphal, von Testamenten, §. 722, S. 556, besonders von Wening-Ingenheim, a. a. O. S. 140 ff., welcher dafür hält, daß Justinian hier der Mutter ein singuläres Recht eingeräumt habe, und daß daher die Voraussetzung eines Postumus wesentlich sei. Von Vangerow a. a. O. §. 453, Anm. 1, erklärt die l. 9. ebenfalls für eine „ganz singuläre, die unmöglich ausgedehnt werden dürfe", weshalb er ebenfalls auf den Postumus wesentliches Gewicht legt. Auch Mühlenbruch, a. a. O. S. 395, hält dafür, daß die Entscheidung Justinians als ein zu Gunsten der Mutter eingeführtes besonderes Recht sich ankündigt, obschon er einräumt, daß das Gegentheil die gemeine Meinung für sich habe, auch S. 296, ausführt, daß die Ratio decidendi so gut auf ein schon geborenes Kind, wie auf einen Postumus passe, und S. 394. den Satz allgemein ausspricht, daß die Mutter nicht durch eine tacita pupill. subst. ausgeschlossen werden solle, und nur hinzufügt: „wenigstens alsdann nicht, wenn sie zur Miterbin ihres Kindes eingesetzt ist".

Digitized by Google

im Lichte der gesammten Rechtsentwicklung nicht beanspruchen können.

Was den vorliegenden Fall betrifft, so dürfte es übrigens auch nicht wesentlich nothwendig sein, auf die l. 9 cit. so wie auf die obige l. 6. C. 6, 21, ein entscheidendes Gewicht zu legen, da schon aus den aktenkundigen Umständen mit genügender Sicherheit zu entnehmen ist, daß der Testator die angeordnete Substitution auf den Fall der Vulgar-Substitution beschränkt wissen wollte. Müßte man übrigens die Erbeseinsetzung der Mutter mit *Accursius* und andern neuern Rechtslehrern für ein wesentliches Erforderniß zur Anwendung der l. 9 cit. ansehen, so läßt sich auch für den vorliegenden Fall nicht ohne Grund anführen, daß, indem der Testator sich offensichtlich für befugt hielt, über den der überlebenden Ehefrau nach dem Solmser Landrecht zukommenden lebenslänglichen Nießbrauch zu verfügen, er aber dennoch ihr denselben, wenn auch mit gewissen Beschränkungen, ließ, sie nunmehr nach seinem Willen die Rechte ausübte, welche ihr gesetzlich an seinem Nachlaß zustanden, welche aber nach dem Gerichtsgebrauche unter den Gesichtspunkt der Erbrechte fallen, so daß die Ehefrau in einem gewissen, hier jedoch genügenden Sinne allerdings als mitinstituirt angesehen werden darf[29]).

Es frägt sich nun aber noch, ob der Testator, so wie er der gesetzlichen Nießbrauchsrechte seiner Wittwe in seinem Testamente gedacht hat, nicht auch der Notherbenrechte der Mutter als solcher hätte gedenken müssen, und ob nicht aus der Unterlassung dessen auf eine engere Auffassung der Substitution, welche die Intestat-Erbfolge der Mutter nicht ausschlösse, und daher

29) Das Oberappellationsgericht zu Cassel hat im J. 1839 ausgesprochen, „daß, da zufolge der Bestimmungen der Solmschen Landesordnung Th. II, Tit. 28 die darin dem überlebenden Ehegatten zugewiesenen Nutzungs- und beziehungsweise Eigenthumsrechte demselben unzweifelhaft in der Eigenschaft einer Erbportion eingeräumt sind, dem Berechtigten zu deren Geltendmachung auch die der erwähnten rechtlichen Qualität entsprechende Universalklage zugestanden werden muß". —

Digitized by Google

das Notherbenrecht derselben unangefochten ließe, gefolgert werden müsse? Es berührt diese Frage eine sehr controverse Materie, und dürfte es genügen, dieserhalb Folgendes zu bemerken:

Eine Verpflichtung des Vaters, im Testamentum pupillare, wenn er durch Anordnung der Substitutio pupillaris tacita oder expressa, sein Testament auch als solches angesehen wissen will, die Mutter des Kindes in Gemäßheit der Nov. 115 zur Erbin einzusetzen, kann wohl kaum angenommen werden, obschon dieser Punkt sehr bestritten ist[30]). Aus der Unterlassung der Ernennung der Mutter zur Erbin ihres in der Unmündigkeit etwa versterbenden Kindes läßt sich daher für die Absicht einer Beschränkung der angeordneten Substitution auf die bloße Vulgar-Substitution nichts mit genügender Sicherheit entnehmen. —

Anders verhält es sich aber mit dem Anspruche der Mutter auf eine *Legitima* ihrem unmündigen Kinde und dem für dasselbe testirenden Vater gegenüber. Denn wenn das Römische Recht ihr auch in solchem Falle, wie schon oben angeführt worden ist, aus naheliegendem Grunde keine Querela inofficiosi testamenti zugestand[31]), so haben doch schon die ältern Juristen mit Recht bemerkt, daß der Schluß „ab exclusione a querela ad exclu-

---

30) Gegen die Ausführungen von Zimmern (in seinen und Neustetel's Abhandl. S. 86 ff) und Francke (Notherbenrecht, S. 456 ff.), welche annehmen, daß der für sein unmündiges Kind testirende Vater die Bestimmungen der Nov. 115. beachten müsse, haben sich mit großer Entschiedenheit ausgesprochen: Thibaut (Archiv für civil. Praxis, B. 5, H. 3, Abh. I, n. 6. und System. 7. Aufl. III. §. 700, S. 137), Fuhr (in seinen und Hoffmann's civilist. Versuchen, H. I, Abh. 7, S. 92), Mühlenbruch (Forts. v. Glück, B. 40, S. 390 ff.). Puchta (Pandekten, 7. Aufl., §. 478, N. F.) u. A. — Die freilich etwas künstliche Argumentation von v. Vangerow, Leitfaden §. 453, Anm. 3, daß nämlich das oben angezogene cap. 1. in 6to 3, 11, *de testamentis* ein Testamentum pupillare, in welchem die Mutter offenbar nicht zur Erbin eingesetzt, und insofern die Vorschrift der Nov. 115. nicht beachtet war, als ein vollkommen zu Recht bestehendes behandelt wird, scheint vom praktischen Standpunkt aus allein durchzuschlagen. (S. a. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe, Röm. Privatrecht, B. V, §. 812, S. 109).

31) L. 8. §. 5. D. 5, 2, *de inofficioso testamento.*

Digitized by Google

sionem a legitima“ unzulässig sei[32]). Auch ist nicht wohl einzusehen, wie die Mutter aus dem Grunde, daß ihr Kind vor der eingetretenen Mündigkeit stirbt, ihren Anspruch auf den Pflichttheil verlieren soll, und wie in dieser Beziehung der testirende Vater mehr Rechte haben soll, als das demnächst selbst testirende mündige Kind. Dennoch leidet dieser Grundsatz nach dem canonischen Recht[33]) und dem Gerichtsgebrauche[34]) eine entschiedene Ausnahme, insofern es sich um das vom Vater herrührende Vermögen handelt. In dieser Beziehung wird der Vater für befugt erachtet, solches der Mutter, unbehindert durch deren Pflichttheilsansprüche, gänzlich zu entziehen, so daß das vom Vater herrührende Vermögen immer noch als väterliche Verlassenschaft angesehen wird, auf das die Mutter gegen den Willen des Vaters keine Ansprüche geltend machen kann. Da die Mutter noch lebte, so war im vorliegenden Falle anzunehmen, daß das unmündige Kind nur väterliches Gut hinterlassen würde. Hierin wenigstens hatte der Vater freie Hand und brauchte kein Pflichttheilsrecht der Mutter anzuerkennen. Aus dem desfallsigen Stillschweigen im Testamente konnte daher auch anscheinend nichts für den engern oder weitern Sinn der angeordneten Substitution gefolgert werden. Allein wenn der Vater auch volle Freiheit hat, sein Vermögen, auch in so weit es Erbschaft seines Kindes geworden ist, der Mutter gänzlich zu entziehen, so läßt doch die natürliche Rücksicht, welche der

---

32) *Cujacius*, Comm. ad Tit. D. de inoff. test. Opera, Neapol. T. VII, p. 178 sq. *Brunnemann*, ad l. 8 cit.; *Schilter*, Exercit. XIV, 18, 32; *Finkelthaus*, observ. 29; *Lauterbach*, Colleg. th. pract. XXVIII, 6, 31; *Carpzov*, Jurispr. for. III, 8, 2; *Stryk*, Usus modern. V, 2, 15; *Berger*, Oecon. jur. II, 4, 18, 6; *Hellfeld*, Jurispr. for. §. 1455; Höpfner Inst. Comm. §. 508.

33) *Bonifacius* VIII in c. 1 cit.: „Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potius est censendum“.

34) *Carpzov*, l. c.; *Menochius*, de praesumt. IV, 39, 42, *Berlichius*, conclus. III, 10, 32; *Cocceji*, jus controv. V, 2, qu. 20, 21.

Testator seiner Ehefrau und der Mutter seines Kindes schuldig ist, nicht wohl annehmen, daß er dieses durch bloße Anwendung der allgemeinen Substitutionsformel thun werde, wenn er nicht wenigstens daneben seine auf gänzliche Entziehung seines Vermögens gerichtete feindliche Absicht so entschieden im Testamente darlegt, daß darüber kein Zweifel obwalten kann[35]. Wo dieses nicht der Fall ist, ist man demnach genöthigt, anzunehmen, daß ein Vater, welcher seinem unmündigen Kinde andere Erben substituirt hat, ohne zugleich der Mutter alle Rechte an seine Verlassenschaft abzusprechen, nur eine Vulgar-, keine Pupillar-Substitution angeordnet habe. Im vorliegenden Falle hat aber der Testator weder eine Feindschaft der gedachten Art gegen seine Ehefrau im Testamente dargelegt, noch sie ausdrücklich von seinem Nachlasse für den Fall des Ablebens seines Kindes in der Unmündigkeit ausgeschlossen. Es liegt daher auch hierin ein wichtiges Moment für die richtige Auslegung der in Frage stehenden Substitution. —

Zugleich zeigt sich hierin aber auch der wesentliche Unterschied zwischen dem vorliegenden Falle und einem ältern, im Jahre 1763 vor dem Oberappellationsgerichte zu Cassel verhandelten[36], dessen das Obergericht in seinen Entscheidungsgründen gedenkt, und worauf es die Behauptung stützt, daß in ähnlicher Weise, wie von ihm geschehen, bereits früher in Kurhessen Recht gesprochen worden sei. Damals handelte es sich um ein Testament, worin der Testator verordnet hatte: „daß seine unmündige Tochter, mit gänzlicher Ausschließung seiner Ehefrau als auch Schwiegerältern, weilen dieselben ihn bekanntlich belogen und betrogen, von all dem Seinigen die alleinige Erbin sein solle; wann aber diese seine Tochter vor seinem Ableben unverheirathet oder ohne Leibes-

35) Daher nehmen denn auch die ältern Praktiker an, daß die Mutter nicht durch eine *tacita pupillaris substitutio* von der Legitima ausgeschlossen werden könne. Cfr. *Sam. Stryk*, de cautelis testamentorum, XVIII, 2, §. 17, p. 706.

36) Decisiones Cassell. Tom. I, dec. 66.

Digitized by Google

erben versterben sollte, so sollte sein Bruder nebst seiner Schwester, sodann sein Stiefbruder und alle deren Erben nach seinem Tode alles das Seinige zugleich theilen und ererben". Bei dieser klaren Darlegung der auf gänzliche Ausschließung der Ehefrau und Mutter gerichteten feindlichen Absicht des Testators konnte es nicht zweifelhaft sein, daß, wie geschehen, die Pupillar-Substitution aufrecht zu erhalten und die Klage der Mutter gegen die substituirten Erben zurückzuweisen war[37]). Vorliegend kann aber von einer dargelegten Feindschaft des Testators gegen seine Ehefrau um so weniger die Rede sein, als er selbst für den Fall ihrer Wiederverheirathung ihr den Nießbrauch ihres ganzen Vermögens bis zur Volljährigkeit oder Verheirathung ihrer etwaigen Kinder ließ, obschon aus den Bestimmungen über ihre Nießbrauchsrechte im Fall der Concurrenz mit den substituirten Erben, namentlich aus der Herabsetzung derselben auf ein Drittel, zu ersehen ist, daß der Testator sich zur freien Disposition über diese Rechte für befugt erachtete. Imgleichen kann auch aus der Ernennung eines Vormundes und dessen Beauftragung mit der Beaufsichtigung über die Vermögensverwaltung der Frau um so weniger auf eine irgend wie feindliche Gesinnung des Testators geschlossen werden, als nach den dortigen Local-Rechten die Mutter verpflichtet ist, selbst auf die Bestellung eines Mitvormundes nöthigenfalls hinzuwirken.

Was nun im Uebrigen, außer dem wichtigen Umstande, daß es sich hier von dem Vorhandensein einer Mutter und dem Einfluß desselben auf den vermuthlichen Willen des Vaters und auf die von ihm angeordnete Substitution für seine unmündigen Kinder handelt, die Würdigung der anderweitigen Momente be-

37) In den Verhandlungen dieses Falles vor dem Oberappellationsgerichte war es besonders Cannegiesser, welcher als Judical-Referent mit Zustimmung von Kopp und Lennep ausführte, „daß die **Domini Doctores**, welche sonst behaupteten, daß die Mutter **per ejusmodi tacitam substitutionem** wenigstens **quoad legitimam** nicht ausgeschlossen werden könne, doch allezeit die Limitation hinzufügten: *nisi sint quaedam conjecturae, ex quibus colligitur, testatorem voluisse matrem excludere*".

Digitized by Google

trifft, welche ein Licht auf die eigentliche Absicht des Testators bei seiner Substitutions-Anordnung zu werfen geeignet sind, so dürfen wir uns, insofern eine derartige Würdigung nicht bereits im Vorstehenden geliefert ist, der Kürze wegen auf den in der vorliegenden Sachen ertheilten nachfolgenden Bescheid des Oberappellations-Gerichtes zu Cassel vom 29. Juni 1855, beziehen:

„In Erwägung

daß das Obergericht zwar mit Recht angenommen hat, daß die Bestimmung des Römischen Rechts, wonach die Vulgar-Substitution die Pupillar-Substitution mitenthält, als eine auf den vermuthlichen Willen des Testators sich gründende Auslegungsregel aufzufassen sei,

hiermit aber die Annahme des Obergerichtes noch nicht gerechtfertigt wird, daß zur Ausschließung der stillschweigenden Pupillar-Substitution ein bestimmter hierauf gerichteter Wille bewiesen werden müsse, vielmehr, nach richtiger Auslegung der in Betracht kommenden Gesetzesstellen des Römischen Rechts, es sich hier zunächst um Beurtheilung derjenigen Momente handelt, aus welchen der allein entscheidende Wille des Testators zu entnehmen ist, und jene im Römischen Rechte anerkannte Vermuthung in solchen Fällen keine Anwendung finden kann, wo erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe die Annahme rechtfertigen, daß der Testator die Pupillar-Substitution nicht beabsichtigt habe;

daß hiernach die Fassung und der gesammte Inhalt des fraglichen Testamentes, so wie das ganze actenkundige Sachverhältniß zur Entscheidung der Frage, ob der Testator die in seinem Testamente substituirten Erben auch für den Fall berufen habe, daß sein Sohn Elias Karl K., beziehungsweise etwaige weitere Kinder ihn überleben und in der Unmündigkeit versterben würden, in Betracht zu ziehen ist;

daß zunächst eine aus dem Testamente hervorgehende Tendenz des Testators, sein Vermögen seiner Familie zu erhalten, worauf das Obergericht ein vorzügliches Gewicht legt, nur insofern angenommen werden kann, als der Testator eine

Aenderung der gesetzlichen Erbfolge durch sein Testament nicht beabsichtigte und daher seinen bereits geborenen Sohn Elias Karl, und wenn ihm noch mehrere Kinder geboren werden würden, auch diese zu seinen directen Erben ernannte, und für den Fall, daß er kinderlos verstürbe, diejenigen Personen zu seinem Nachlaß berief, welche alsdann seine gesetzlichen Erben sein würden; aus dieser Beachtung der gesetzlichen Erbfolge aber nicht ohne weiteres gefolgert werden kann, daß die, möglicher Weise dem Grade nach sehr entfernten gesetzlichen Erben seinen Nachlaß unter allen Umständen, namentlich auch dann erhalten sollten, wenn derselbe bereits auf den Sohn vererbt, und dieser mit Hinterlassung seiner Mutter während der Unmündigkeit verstorben wäre; vielmehr die vom Testator überall dargelegte Beachtung der gesetzlichen Erbfolge eher darauf hinweist, daß er diese auch in solchem Falle gewahrt wissen wolle, daß die in den §§. 2 und 5 des Testamentes getroffenen Bestimmungen über die gesetzlichen Anspüche der Wittwe auf den Nießbrauch an dem Nachlaß des Testators nur die beiden von ihm allein ins Auge gefaßten Fälle berühten, daß er Kinder und directe Erben hinterlasse, und daß er kinderlos versterbe und die substituirten Erben einträten, dagegen der Testator für den Fall, daß sein Sohn Elias Karl ihn überlebe und während der Unmündigkeit sterbe, hinsichtlich der Nießbrauchsrechte der Wittwe keine Anordnung trifft, welches sich füglich durch die Voraussetzung des Testators erklärt, daß in diesem Falle die Mutter ihren Sohn kraft ihres gesetzlichen Erbrechts beerben werde und damit der bis dahin bestandene Nießbrauch von selbst erloschen sei;

daß der Testator auch auf die Möglichkeit, daß er außer seinem Sohne Elias Karl noch anderweitige Kinder erzeugen könne, in seinem Testament ein solches Gewicht legt, daß er nicht nur diese Kinder ausdrücklich zu Erben einsetzt, sondern daß er auch „diesen seinen directen Erben" diejenigen Personen substituirt, welche, wenn er kinderlos wäre, seine gesetzlichen Erben sein würden, ohne daß er jedoch den Eintritt

dieser Substituten auch für den Fall anordnet, daß von jenen mehreren Kindern das eine oder andere während der Unmündigkeit verstürbe, vielmehr in diesem Falle die gesetzliche Erbfolge zu Gunsten der Geschwister und der Mutter offensichtlich nicht ausgeschlossen wissen will, ein in solchem Falle der Mutter verbleibendes gesetzliches Erbrecht ihr aber, unter Mitberücksichtigung der bereits erwogenen Momente, nicht als für den Fall entzogen angenommen werden kann, daß der allein gebliebene und den Vater überlebende Sohn Elias Karl in der Unmündigkeit verstirbt;

daß hiezu noch das besondere Gewicht hinzukommt, welches, bei bereits vorliegenden sonstigen Anhaltspunkten, dem in der Natur der Verhältnisse an sich begründeten, und in der l. 9. C. 6, 25, *de institution. et substitution.* eine gesetzliche Unterstützung findenden Wahrscheinlichkeitsgrunde beizulegen ist, daß ein testirender Vater seine Ehegattin von der Beerbung des gemeinschaftlichen, nach dem Testator in der Unmündigkeit versterbenden Kindes nicht auszuschließen beabsichtige, zumal wenn es an der Darlegung einer gegen sie gerichteten feindlichen Absicht im Testamente gänzlich fehlt, wodurch der vorliegende Fall von dem im Obergerichts-Bescheide erwähnten, vom Oberappellationsgerichte früher entschiedenen Falle (Decis. T. I, dec. 66) sich wesentlich unterscheidet;

daß hiernach die Beschwerde der Verklagten begründet erscheint und damit auch die Beschwerde der Kläger ihre Erledigung findet,

wird, unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses des Obergerichtes zu F. vom 2. Sept. 1854, der Bescheid des Justizamtes L. vom 3. October 1853 wiederhergestellt, mit Verurtheilung der Kläger in die Kosten aller drei Instanzen, deren Feststellung vorbehaltlich. V. R. W."

Digitized by Google

II.

Der kaufmännische Contocurrent, der Creditvertrag und das kaufmännische Depositum irregulare.

Von

Herrn Advocat-Anwalt **Dr. Creizenach** in Mainz.

Unter Contocurrent (laufende Rechnung, compte courant, account current) versteht man im gewöhnlichen Leben die Uebersicht der zwischen zwei Geschäftsfreunden innerhalb eines bestimmten Zeitabschnittes eingetretenen Schuldverpflichtungen und Entlastungen. Der auf der einen oder der andern Seite sich ergebende Rezeß heißt im kaufmännischen Verkehr Saldo (solde de compte) und erweist sich für denjenigen, der etwas zu fordern behält, als Activ-, und als Passivsaldo für denjenigen, der etwas schuldig bleibt. Die Ermittlung des Saldo ist der Zweck der Aufstellung des Contocurrents. In dieser Allgemeinheit betrachtet, bietet der Contocurrent keine besonderen juristischen Gesichtspunkte dar. Er ist blos die unter Kaufleuten wegen ihrer Uebersichtlichkeit und ihrer Brauchbarkeit für den Geschäftsgang beliebte Form des Rechnungsabschlusses.

Im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ist auch die Aufstellung des C. Ct. eine sehr einfache Sache. Die Aufstellung der einzelnen Posten, ihre Addition, Gegenüberstellung und Vergleichung hat die Aufsuchung des Saldo zum einzigen, auch auf andere

Digitized by Google

Weise erreichbaren Zweck. Die kaufmännische Praxis hat dafür, wie bemerkt, gewisse zweckmäßige Formen eingeführt; materiell sind die Grundsätze des gemeinen Rechtes maasgebend.

Besondere Rechtsverhältnisse treten indeß bei demjenigen Conto-Current ein, der zwischen dem Banquier und seinen Geschäftsfreunden (Correspondenten), besteht, und ein Verhältniß begründet, bedeutungsvoll für die Rechtstheorie überhaupt, wie für das Verständniß commercieller Transaktionen insbesondere. Dieser Contocurrent nun, dessen juristische Analyse Vorwurf gegenwärtiger Darstellung ist, ist nicht blose Form eines Rechnungsabschlusses, sondern ein reines Vertragsverhältniß, dem jener Name beigelegt worden ist, weil seine Resultate der Hauptsache nach in derjenigen Form dargestellt zu werden pflegen, die man im gewöhnlichen Geschäftsleben Contocurrent nennt. Diese Darstellungsform der Ergebnisse dieses Vertragsverhältnisses, so durchgängig allgemein sie auch in der That ist, ist aber dennoch etwas blos zufälliges und daher kann man auch hier nicht einmal etwa von einer Species des gewöhnlichen C. Ct. oder von einem C. Ct. im engern Sinne reden [1]. —

Für das Verständniß unseres Gegenstandes sind klare Vorstellungen über das Wesen der Geschäftsthätigkeit der Banquiers erforderlich, worauf wir mit einigen Worten zurückkommen.

Das wesentlichste Erforderniß eines entwickelteren Verkehrslebens ist das Kapital in seiner flüßigsten und wirksamsten Erscheinung, also das Geldkapital; das wichtigste Hülfsgeschäft des Handels ist also das des Banquiers, nemlich desjenigen Geschäftsmannes, dessen Geschäftsobject das Geld selber ist

1) Dieses alle Tage vorkommende, so viele Geschäftsverhältnisse berührende und in ihrer juristischen Gestaltung modificirende Rechtsverhältniß wird von keinem deutschen Schriftsteller über Handelsrecht besonders behandelt, so daß es scheinen mag, als hätten sie kaum von seiner Existenz eine Ahnung und doch ist es um so interessanter, weil es sich bei diesen rein auf modernem Gewohnheitsrecht beruhenden Materien zeigt, daß auch unsere moderne Rechtsentwickelung noch ein weites Feld wissenschaftlicher Forschung bietet, selbst wo sie von der Gesetzgebung unberührt blieb.

Digitized by Google

und in dessen Thätigkeit der Verkehr der Nation sich gewissermassen concentrirt. Denn der wahre Banquier ist nicht bloser Kapitalist, nicht bloser Escompteur, nicht bloser Geldmakler und Wechselagent im Großen, nicht bloser Arbitrageur oder gar, was den Namen am wenigsten verdient, bloser Effektenhändler — er ist dies Alles in einer Person und noch weit mehr; er ist der Schatzmeister seines Geschäftsfreundes und zwar nicht blos für sein Geld, sondern auch ganz besonders für den mächtigeren Nebenbuhler des Geldes, seinen Kredit. Darunter versteht man das in den Kaufmann gesetzte Vertrauen, daß er seine Verbindlichkeiten erfülle, insbesondere die ihm gemachten Vorschüsse zurückerstatten könne, und also auch werde. Der Banquier ist einerseits also der Depositar des momentan oder längere Zeit flüßigen aber nicht verwendeten kaufmännischen Betriebskapitals und Credits und andrerseits die Quelle, an welcher der Kaufmann schöpft, wenn die Verwendung des einen oder des andern nothwendig oder nutzbringend ist. Zum Wesen des Verkehrs des Banquiers gehört daher eine ganze Reihe von Operationen, namentlich aber

1) der den Correspondenten ertheilte, entweder durch Versatz, Bürgschaft u. s. w. gedeckte oder nicht gedeckte Kredit (s. g. Blancokredit), welcher giebig gemacht wird durch Tratten, die der Correspondent auf den Banquier abgibt, damit dieser sie honorire, durch Zahlungen, die er den Letztern für seine Rechnung leisten läßt, durch Benutzung des Banquiers als Nothaddresse, Ehreninterveniente u. s. w. 2) Die Einkassirung der Ausstände des Correspondenten auf den verschiedensten Handelsplätzen, womit dem Correspondenten in doppelter Weise gedient ist. Er deckt damit den Banquier einerseits für den bewilligten Kredit und andrerseits vermag der Banquier diese Gelderhebungen leichter und mit weniger Kosten zu machen als der Correspondent, der nicht wie jener an den Zahlungsorten wieder anderweitige Verwendung für das einzukassirende Geld hat. 3) Daß der Banquier auch noch nicht fällige Ausstände des Correspondenten gegen Zins- und Provisionsvergütung übernimmt (escomptirt, diskontirt),

Digitized by Google

welche Ausstände dadurch zu seinen laufenden Geschäften verwendbar werden. 4) Die Deposition flüssiger Capitalien, für welche der Correspondent momentan keine Verwendung hat und wofür der Banquier in der Regel sich zur Vergütung von Zinsen, wenn auch meist zu einem niedrigeren Zinsfuße versteht, als derjenige, zu welchem er den Correspondenten Vorschüsse macht oder auch als Deckung für später fällig werdende Schuldverpflichtungen des Correspondenten entweder gegen Zinsvergütung in Händen behält, oder auch für Rechnung des Correspondenten zinstragende Werthe (Discontowechsel, Staatsschuldscheine u. dgl.) anschafft, wozu er bessere Gelegenheit hat als der Correspondent in seinem oft entlegeneren Wohnort und in seiner eingeschränkten Geschäftssphäre. —

Der Banquier macht also gebundenes Kapital flüssig, müssig liegendes fruchtbringend und schafft neues Kapital durch Realisirung des Credits seiner Correspondenten.

Daß dies alles nicht ohne eine sehr weite Ausdehnung seiner Geschäfte möglich ist und nur mittelst eigenen bedeutenden Kapitalbesitzes und noch mehr durch weit verbreiteten selbstständigen Kredit, ist leicht einzusehen. Sein Kapital, weit mehr noch sein Kredit und ganz besonders seine Verbindungen sind es, was er seinen Geschäftsfreunden bietet, sie sind Object seiner Geschäfte oder wenn man will, seine Waare und je größer diese seine Mittel sind, um so nutzbringender sind seine Dienstleistungen für ihn selber und für seine Korrespondenten. Er kann die Depositen des A. nicht übernehmen und verzinsen, wenn er nicht Gelegenheit hat, sie durch Vorschüsse an B. für sich selber nutzbringend zu machen. Er kann die Incasso's des C. an den Orten X. Y. und Z. mit Vortheil nur besorgen, wenn er ohnehin Geldbezüge dahin zu machen hat, an deren Stelle die ihm von C. übergebene Rimessen treten. Ja bisweilen ist es nöthig oder doch vortheilhaft, die Rimessen von einem dritten oder vierten Platze aus nach dem Zahlungsorte gelangen zu lassen, weil durch diese indirecten Sendungen ein vortheilhafterer Wechselcours auf den Zahlungsort erzielt wird, als von dem

Digitized by Google

Wohnorte des Banquiers aus, welche Operation man mit dem Ausdruck Arbitrage bezeichnet. Um Vorschüsse machen zu können, dazu genügt bei einigermaaßen ausgedehntem Geschäftsbetrieb das eigene Kapital selten, sondern es geschieht entweder mittelst fremder Depositen oder durch Acceptation der Tratten des Correspondenten gegen eine Vergütung (Provision del credere). Mit der Acceptation des in der Handelswelt weithin Vertrauen genießenden Banquiers versehen wird die Tratte vom Kapitalisten gern zum Zwecke der Geldanlage übernommen, was nicht der Fall wäre, wenn der Correspondent, und wäre er selbst reicher als der Banquier, blos seinen persönlichen Credit zu Markt brächte.

Es ergibt sich daraus, daß die verschiedenen Geschäfte des Banquiers nothwendig in Beziehung zu einander stehen müssen, ja daß durch dieses Ineinandergreifen die einzelnen Geschäfte erst kaufmännisch möglich, d. h. gewinnbringend werden, daß ferner der Gewinn um so größer sein muß, je weiter sich die Verkettung der einzelnen Operationen mit verschiedenen Correspondenten an verschiedenen Plätzen erstreckt, diese Operationen sich in einander verzweigen, ergänzen, einander helfen und direct oder indirect entsprechen.

Selten wird es nun einen Kaufmann geben, dem es nicht wünschenswerth sein muß, mit einem oder mehreren Banquiers in Verbindung zu stehen, um mit denselben die in ihr Fach gehörigen Geschäfte machen zu können und zwar muß diese Verbindung eine bleibende sein. Wenn A. in Würzburg z. B. einen Wechsel in Trier zu erheben hat, so will er nicht erst genöthigt sein, sich in Frankfurt einen Banquier aufzutreiben, der den Wechsel bei Verfall einkassirt oder vorher discontirt. Er will nicht nach Verfall besonders darüber unterhandeln, daß ihm jemand das Geld aufhebe und verzinse, bis er selber Verwendung dafür habe u. s. w., sondern er will einfach den Trierer Wechsel dem Frankfurter Banquier übersenden, der ihm den Betrag als Deckung gutschreibt für spätere Abrechnung auf diese und eine

Digitized by Google

Reihe ähnlicher Operationen, wie sie sich gerade darböten[2]). Er will mit einem Worte ständiger Correspondent des Banquiers sein und zwar kraft einer, mindestens für eine gewisse Zeit **feststehenden Uebereinkunft**, welcher gemäß ihm alle in das Fach des Banquiers einschlagenden Geschäfte besorgt und Kredite bewilligt werden, um nach bestimmten Perioden abzurechnen. Banquier und Correspondent treten dadurch zu einander in ein laufendes Rechnungsverhältniß (Contocurrentverhältniß) und den dem Eintritte dieses Verhältnisses vorangehenden Vertrag, nennt man den Contocurrentvertrag. Derselbe ist ein zweiseitiger und die Leistung des Banquiers heißt Eröffnung des Contocurrents.

Um es nun an einer Definition nicht fehlen zu lassen, bestimmen wir den Contucurrentvertrag als die Uebereinkunft zwischen Banquier und Correspondent, wornach Ersterer dem Letzteren die in sein Fach einschlagenden Geschäfte zu besorgen verspricht, und Letzterer Ersteren nach periodisch zu pflegender Abrechnung zu decken und ihm gewisse Vortheile einzuräumen übernimmt, dergestallt, daß die sämmtlichen Leistungen und Gegenleistungen in ihrem Complex als das eine und das einzige Object des Vertags gelten.

Der Contocurrentvertrag ist sonach ein *pactum de contrahendo* und zwar über die Contrahirung einer ganzen Reihe von Geschäften und zwar von Geldgeschäften, die eben in Gemäßheit des primitiven, des Contocurrentvertrags, in Zusammenhang treten, einen Geschäftscomplex dergestalt bilden sollen, daß sie in diesem Complexe wieder als Gegenstand eines einzigen Ver-

2) Es ist klar, daß ein gewöhnlicher Kapitalist, der kein Banquier ist, dem Geschäftsmann bei Weitem nicht das Alles zu leisten vermag. Der Kapitalist macht Darlehen blos gegen besondere Sicherheit, gegen einen zu bestimmten Zeiten fälligen Zinsfuß. Er ist kein Kaufmann und will sein Kapital ein für allemal für längere Zeit fixirt sehen. Er verlangt Zahlung in Geld zur bestimmten Verfallzeit. Zum Banquier dagegen strömt der Kredit und die Baarschaft des Borgers in raschem je nach Bedürfniß sich wiederholenden Kreislauf hin und zurück.

Digitized by Google

trags erscheinen. An dem Verhältniß wird sogar dadurch nichts geändert, daß hie und da über einzelne Geschäfte spezielle Verabredungen stattfinden. Dieselben werden für das einzelne Geschäft maasgebend sein; sie sind zuweilen nothwendig, wenn ihr Inhalt nicht schon in allen seinen Theilen durch den Contocurrentvertrag bestimmt ist und dies ist immer der Fall, wo etwas anders als Geld oder Objecte deren Geldwerth zwischen den Contrahenten fixirt ist, Gegenstand des Geschäfts ist. Aber als Ausfluß des C. Ct.-Vertrags bilden alle diese Geschäfte einen Bestandtheil des C. Ct.-Verhältnisses und unterliegen mit denselben überhaupt den Regeln des C. Ct.-Vertrags. Unter diesen Gesichtspunkt faßt den C. Ct. die rechtserzeugende Usanz oder das kaufmännische Gewohnheitsrecht und so muß ihn auch der Jurist auffassen. Er mag immerhin die einzelnen Geschäfte, wo es auf sie als solche ankommt, ihrer besonderen Natur nach behandeln; die sämmtlichen in den C. Ct.-Nexus getretenen Geschäfte müssen ihm aber wieder zusammen als ein einziges, in Gemäßheit des C. Ct.-Vertrags abgeschlossenes und darnach zu beurtheilendes Gesammtgeschäft erscheinen[4]). A linea Grundlage des ganzen

---

3) Der französische Rechtsgelehrte *Noblet* (**du compte courant. Paris** 1847) hat in der einzigen bisher über unsern Gegenstand speciell geschriebenen Abhandlung geglaubt, den Contocurrent ganz allgemein definiren zu können als: „das Verhältniß zweier Personen, die sich verpflichten, für einander Vorschüsse und Incasso's zu besorgen unter der Bedingung, alles zu bestimmten Zeitabschnitten zu reguliren, mit der jedem Theile zustehenden Befugniß, bis zum Rechnungsabschlusse über die für den andern einkassirten Summen zu seinem Vortheile zu verfügen". Im Verlaufe der Darstellung wiederholt dieser Autor sehr oft, daß die Befugniß, die einkassirten Summen zu seinem Vortheile zu verwenden, den wesentlichen Charakter des Contocurrents ausmache. Dagegen ist zuvörderst zu erinnern, daß Contocurrente oft genug vorkommen, bei welchen niemals ein Contrahent Gelder des andern in Händen hat und also auch nicht in seinen Nutzen verwenden kann, wenn z. B. das ganze Verhältniß blos in auf einander gezogenen Tratten und Zahlungen des einen für den andern sich abmacht; besonders ist aber zu erwägen, daß die sogenannte Verwendung der einkassirten Gelder zum Nutzen des Einkassirenden keine Folge der getroffenen Stipulation ist, sondern sich aus der

Digitized by Google

Verhältnisses ist nun allerdings der Kredit, den die Contrahenten einander, insbesondere der Banquier dem Correspondenten, ertheilen. Man würde aber sehr irren, wenn man annehmen wollte, die wesentliche Leistung des Banquiers sei gerade und einzig diese Kreditertheilung oder es bezwecke der Vertrag nothwendig auf den vom Banquier ertheilten Kredit hin, sich Kapital zu schaffen, mit anderen Worten, Geld oder Zahlmittel zu borgen. Wenn auch der Contocurrentvertrag dafür für den Kaufmann die bequemste, gewöhnlichste, unverfänglichste, wenn auch nicht immer wohlfeilste Form ist, so kommt es doch auch oft genug vor, daß der Correspondent sogar reicher an Kapital ist und verhältnißmäßig mehr Kredit genießt als der Banquier, also dessen Gelddarlehen nicht bedarf, daß er aber doch den Letzteren zu den Operationen des Geldverkehrs um so weniger entbehren kann, je größer sein eigener Geldumsatz ist. Wir heben dies hervor, weil das Durcheinanderwerfen des C. Ct.-Vertrags im Allgemeinen und des Kreditöffnungsvertrags schon manche falsche Ansichten erzeugt hat. Beide verhalten sich zu einander wie genus zur species.

Das Material, woraus der C. Ct.-Verhältniß sich bildet, besteht nun aus Geschäften der verschiedensten Art, zunächst

---

Natur des Geschäftsobjectes, des Geldes, als einer fungiblen Sache ergibt, bei deren Prästation es nicht auf die individuell vereinnahmten Stücke, sondern nur auf deren Betrag ankommt. Wäre die Noblet'sche Ansicht richtig, so hätte er kürzer sagen können, der Contocurrent bestehe in gegenseitigen Geldvorschüssen, (Mutuis), denn gerade beim Mutuum ist ja das, was er disposition à son profit nennt, das wesentlichste Recht des Borgers und insofern hört die Dispositionsbefugniß über die vereinnahmten Gelder auch beim Contocurrente selbst nicht zur Zeit der Rechnungsregulirung auf, wo blos die Verpflichtung zur Deckung des Saldo's eintritt. Da ferner beim Contocurrent auch in dem gewöhnlichen Falle, meistens doch blos der eine Theil in Vorschuß ist, so bliebe am Ende gar blos ein einfaches Darleihensgeschäft übrig. Die Definition des Herrn Noblet thut ihm treffliche Dienste, um darnach verschiedene, wichtige in der französischen Praxis vorkommende Streitfragen zu entscheiden. Aber offenbar hätte der von ihm eingeschlagene Weg gerade der entgegengesetzte sein sollen. Die Definition mußte sich den Resultaten fügen, nicht umgekehrt.

Digitized by Google

reinen Geldgeschäften oder Geschäften des Geldumsatzes, wie das mutuum, wiewohl seltener in seiner einfachen, nicht commerciellen Form, ganz besonders aber das depositum irregulare, sodann die Delegation, die verschiedenen im Wechselverkehr vorkommenden Verträge u. s. w. Diese unmittelbaren Geldumsatzgeschäfte sind direkte Ausflüsse der lex contractus. Andere Geschäfte, wie das Commissionsgeschäft, der Kauf- und Verkauf, das Mandat u. s. w. können ebenfalls in ihrem Ergebniß als s. g. Artikel (nicht zu verwechseln mit den einzelnen Posten oder Rechnungsansätzen) in den C. Ct. eintreten, nämlich in der daraus zwischen den Partheien sich ergebenden Geldverbindlichkeit, durch welche sie ein Geldumsatzgeschäft involviren, also in die specielle Thätigkeitssphäre des Banquiers hineinreichen.

Damit ist bereits auch die Frage beantwortet: wo kommen die einzelnen Geschäfte als solche und wo kommt der C. Ct.-Vertrag zur Sprache, oder wo machen sich die den letzteren betreffenden Grundsätze praktisch geltend? Es ist dies ganz einfach da der Fall, wo die specielle Thätigkeitssphäre des Banquiers beginnt, oder wo das Geschäft unter dem Gesichtspunkte des Geldumsatzgeschäftes aufzufassen ist. Hier bilden sie einen Bestandtheil des Geschäftscomplexes, welcher das Object des C. Ct.-Vertrages ist, seien es Zahlungen, Vorschüsse, Geldvereinnahmungen, Geldverausgabungen, Schuldübernahmen, Zahlungsinterventionen, Entlastungen u. s. w.

Jeder Artikel des C. Ct. drückt also eine Geldverbindlichkeit aus. Gehört deßhalb aber das Darlehen zum Wesen des C. Ct.? Wir haben bereits gesagt, daß dies nicht der Fall ist, wenn man die einzelnen Artikel als solche betrachtet. Aber auch im Complexe sind sie es nicht. Es widerstrebt durchaus der kaufmännischen Anschauungsweise, wenn man in den einzelnen Geldverbindlichkeiten nothwendig Darleihen erblicken wollte. Das zu Grunde liegende Geschäft kann allerdings ein solches sein. Niemals aber wird insbesondere diejenige Geldschuld, die zu Lasten des Banquiers in den C. Ct. eintritt, als ein Darlehen auf-

Digitized by Google

gefaßt, sondern immer als Anschaffung, entweder für bereits eingegangene oder für noch zu erwartende Geldverbindlichkeiten des Correspondenten. Die Gelder, die der Correspondent dem Banquier bezahlt, sind, mit andern Worten, niemals ein eigentliches Darlehen, sondern stets ein irreguläres Depositum, und selbst die Zinsen, die der Banquier dem Correspondenten vergütet, sind niemals als Darlehenszinsen aufzufassen. Der Gesichtspunkt, der dabei obwaltet, ist vielmehr der, daß in der Kasse des Kaufmanns und namentlich des Banqiers kein Geld jemals, sei es auch noch so kurze oder noch so lange Zeit, müssig liege, daß es vielmehr beständig arbeite, wie sich der Kaufmann ausdrückt, und also auch von Tag zu Tag Nutzen bringe, also Zinsen trage. Darum allein vergütet der Banquier für die bei ihm niedergelegten Gelder Zinsen, ähnlich etwa wie eine öffentliche Depositencasse. Er ist es nicht, der das Geld oder gar das Darlehen sucht, sondern der Correspondent ist es, der die sichere Verwahrung seines Geldes an einem Orte sucht, wo er es zu jeder Zeit in den größten und kleinsten Beträgen wieder greifen kann, wo er die größten und kleinsten Beträge ansammelt. Aber andrerseits will auch der Correspondent nur in äußerst seltenen Fällen wie der nicht commercielle Borger betrachtet werden. Auch die Gelder, die er aufnimmt, sind keine nakten Darlehensgelder. Die Vorschüsse, die ihm gemacht werden, die Tratten, die der Banquier für seine Rechnung honorirt, die Zahlungen, die er für ihn leistet u. dgl., sind eben Leistungen des Banquiers als Geld- und Credithändlers, wenn der Ausdruck erlaubt, die Waare, die derselbe umsetzt, es sind entweder rückbezahlte Depositen oder Verfügungen über den eröffneten Kredit.

Welchen Charakter nun aber auch die in Folge des C. Ct.-Vertrags abgeschlossenen Geschäfte haben mögen, immer bleibt soviel feststehend, daß sie, insofern ihre Ergebnisse, nämlich die daraus fließenden Geldverbindlichkeiten zur Sprache kommen, in den C. Ct. eintreten und die darüber geltenden Grundsätze zur Sprache kommen. —

Digitized by Google

Es ist also durchaus unrichtig, wenn Noblet a. a. O. No. 52. meint, daß durch die Eintragung der einzelnen Geschäfte in den C. Ct. eine Novation bewirkt werde. Sie behalten vielmehr ihre ursprüngliche Natur und der C. Ct. begründet lediglich ein unter besonderen rechtlichen Gesichtspunkten aufzufassendes Verhältniß der einzelnen Geschäfte zu einander, und dieses Verhältniß hat wieder keine anderen rechtlichen Wirkungen, als solche bezüglich der einzelnen Geschäfte in ihrem Complexe, mit anderen Worten, des Rechnungsergebnisses, des Saldo's. Noblet's Ansicht hängt mit der andern eben so unrichtigen Vorstellung zusammen, als erfolge die Einreichung der einzelnen Artikel in den C. Ct. stets nur in Folge besonderer Verabredung. Wäre dies auch der Fall, so würde und könnte doch in dieser speciellen Convention kein animus novandi liegen. Sie würde nicht darin liegen, weil die convenirte Eintragung in den C. Ct. weiter nichts ist, als ein Consens über den Betrag der sich ergebenden Schuldforderung oder Schuldentlastung. Sie könnte aber auch gar nicht darin liegen, weil ja dann ganz die Grundsätze fehlen würden, nach welchen das angeblich novirte Geschäft, das dann kein Mandat, kein Depositum u. s. w. mehr wäre, beurtheilt werden könnte. Es tritt vielmehr die geradezu schnurstraks entgegen gesetzte Erscheinung an's Licht, daß selbst nach Abschluß des C. Ct. jeder Contrahent in Folge der einzelnen Geschäfte noch ex mandato u. s. w. klagen kann, z. B. weil die commissionsweise verkauften Effekten unter ihrem Cours oder später als die Verkaufsordre lautete, berechnet worden. Immer aber begründet die Eintragung eines Postens in den C. Ct. blos die Festsetzung des Quantums, um welches das gegenseitige Rechnungsverhältniß, nach momentan bekannten Umständen hin, ein anderes geworden ist. Selbst der Abschluß und die Ausgleichung des Saldo's alterirt nicht die dabei etwa unberücksichtigt gebliebenen Rechte aus den einzelnen Verträgen, und die daraus resultirenden Schuldverhältnisse können spätere neue C. Ct.-Posten begründen.

Sehr häufig allerdings geht dem Eintrag eines C. Ct.-

Digitized by Google

Postens eine Prüfung der rechtlichen Ergebnisse des Geschäfts und ob der Contocurrentsteller seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, vorher. Aber auch dann begründet die Buchung im C. Ct. wieder keine Novation, sondern nur die Beurkundung einer geschehenen Zahlung, der Entlastung des einen, der Belastung des andern.

Etwas ganz anderes ist natürlich die gegenseitige Entlastung, die sich die Contrahenten bei der Abrechnung bezüglich aller ihrer früheren Geschäfte ertheilen. Hier wird allerdings aus dem Complexe der bisherigen Rechtsverhältnisse ein einziges neues, nämlich eine bestimmte Geldforderung desjenigen, dem ein Aktivsaldo zu gut kommt. Aber hier ist es abermals nicht die Eintragung in den C. Ct., welche die angebliche Novation begründet, sondern die Verzichtleistung und diese Verzichtleistung begründet keine neue Forderung, sondern lediglich die Aufhebung bestehender Forderungen; denn der neue Saldo ist keine neue Forderung, sondern blos die Feststellung, das Ergebniß der Berechnung einer schon bestehenden und wird der Saldo neu creditirt, so ist dies die Folge des bestehenden oder erneuerten Contocurrentvertrags [4]).

Die Ansicht, daß die Eintragung in den C. Ct. eine Navation begründe, hat ihre Quelle (aber nicht einmal ihre logische Rechtfertigung), in den auch von Noblet aufgestellten Sätzen, als sei für jede Vortragung eines Geschäfts in den C. Ct. gegenseitige Einwilligung der Contrahenten erforderlich, eine eben so unrichtige als für die commercielle Praxis unbrauchbare Ansicht. Zur Eintragung in den C. Ct. bedarf keiner der

4) Vom Gesichtspunkte der Novation hat man es in einem von Devilleneuve 53. I. 739. mitgetheilten Falle rechtfertigen wollen, daß die Erben des Ehemanns den Betrag der von seinem Schwiegervater ihm versprochenen, aber nicht ausgezahlten, sondern im Contocurrent verrechneten Mitgift als Eigenthum ihres Erblassers in Anspruch nehmen. Mit Recht hat man erwiedert und entschieden, daß der Schwiegervater dem Schwiegersohn die Mitgift blos als Verwalter derselben und nicht als Eigenthümer zu bezahlen hätte und daß daran durch contocurrentsmäßige Verrechnung nichts novirt worden sei.

Digitized by Google

beiden Theile die Zustimmung des andern und wenn sie hier und da darüber vorher unterhandeln, so geschieht es blos um über das Quantum des auszuwerfenden Geldbetrages sich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten zu verständigen, nicht weil sie zur Eintragung nicht selbstständig berechtigt zu sein glauben. Denn ob auf den beiden Comptoirs diese Eintragungen wirklich stattgefunden haben oder nicht, ist überhaupt gleichgültig. Ist es nicht geschehen und es entsteht darüber ein Streit, so ist das Unterbliebene bei Gericht zu ergänzen, und wären selbst beide Contrahenten inzwischen in Fallitzustand gerathen. Nach jener Ansicht würde der Contocurrent überhaupt alles verlieren, was ihm seinen praktischen Gehalt gibt. Die für den Saldo bei Eingehung des Contocurrentvertrags bestellte Sicherheit würde von dem Gutdünken des Schuldners abhängen. Der primitive Contocurrentvertrag wird bei dieser Auffassung Roblet's ganz objectlos, und doch wird seine Existenz von ihm unterstellt. Wenn er aber existirt, so hat er als pactum de contrahendo eine Verpflichtung zur Folge, und zwar die, daß die Contrahenten für die abzuschließenden Verträge den rechtlichen Wirkungen, welche das Gewohnheitsrecht dem C. Ct. beilegt, sich unterwerfen, mit anderen Worten sie haben sich den Eintritt aller dieser Geschäfte in den Contocurrentnexus gefallen zu lassen.

Auf den ersten Anblick möchte diese Ansicht vielleicht exorbitant und der eine Contrahent, insbesondere der Banquier der Willkühr des andern preisgegeben zu sein scheinen. Es ist dabei aber durchaus nichts Abenteuerliches, denn jene anscheinende Unterwerfung unter den Willen eines andern, ist keine andere und geht nicht weiter als die lex Contractus. Der Kredit ist nun allerdings die subjective Voraussetzung des Contocurrentvertrags; er ist aber nicht, wie bei dem mutuum und anderen Borggeschäften, sein Gegenstand. Object des Contocurrentvertrags ist das Geldgeschäft, die Verrichtung des Schatz- und Zahlmeisteramtes des Banquiers. Die Ertheilung des Kredits geht lediglich dem Vertrage vorher. Er ist immer gegenseitig, weil jede Entlastung auf der einen Seite eine

Digitized by Google

Belastung auf der andern mit sich führt, also auch der Correspondent, so oft er dem Banquier eine Zahlung leistet, dessen Creditor wird. Die lex contractus hat nun wesentlich zu bestimmen, bis zu welchem Betrage der Banquier Schatz- und Zahlmeister des Correspondenten sein soll, er dessen Tratten zu honoriren, Zahlungen für ihn zu leisten u. s. w. verpflichtet sein soll. Wir sagen nun ohne Anstand, daß wenn etwa ausnahmsweise darüber nichts ausdrückliches bestimmt worden, dieser s. g. Kredit allerdings juristisch ein ungemessener sein wird, was übrigens in der Praxis, die immer factische Anhaltspunkte finden wird, ihn in concreto auf ein vernünftiges Maas zurückzuführen, auch nichts zu sagen hat. Die Möglichkeit des Eintragens eines jeden Geschäfts in den C. Ct. setzt übrigens voraus, daß in Folge dieses Geschäfts eine Geldforderung entstanden ist, eine Belastung mit Geld für den einen, eine Entlastung für den anderen für ein genau bestimmtes Quantum, eine Valuta, ein *certum*, das ipso jure in den Contocurrentnexus tritt, kraft des Contocurrentvertrages; von einem speciellen Consense kann also die Rede nicht sein. Die Forderung hilft zur Bildung des Saldo's, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil zwischen den Contrahenten verabredet worden ist, schon dadurch, daß sie existirt[5]).

Unrichtig ist es ferner, wenn man den C. Ct. blos als einen Vertrag über die Art und Weise, wie die Contrahenten

5) Es ist diese Ansicht auch in einem Gutachten der frankfurter Handelskammer (Malß, ausgewählte Gutachten der frankfurter Handelskammer. Frankfurt 1854. 50. Gutachten) ausgesprochen. Sie hatte sich allerdings nur über den eklatanten Fall auszusprechen, wo ein Banquier sich mit von ihm selbst acceptirten Wechseln, also Beträgen, die er billigerweise so wenig in quali wie in quanto beanstanden durfte und die ihm zur Entlastung eingesendet waren, zu belasten weigerte. Indem die Handelskammer sich jedoch ganz allgemein ausdrückte („Anschaffungen, welche im Laufe dieser Geschäftsverbindung B, der Correspondent, an A, dem Banquier, machte, mußte dieser für Rechnung seines Correspondenten annehmen"), gibt sie zu erkennen, daß sie den Grundsatz als einen allgemein geltenden betrachtet wissen will.

Digitized by Google

über ihre Geschäftsergebnisse und namentlich die Zinsen sich berechnen sollen, auffaßt, oder gar wenn man einen Gegensatz zwischen Contocurrent- und Staffelberechnung aufstellt (wie Dalloz Dictionnaire de jurisprudence m. compte courant Nr. 1. 3. u. A.). Der holländische Handelsstand berechnet seine Contocurrente (ob mit Recht oder mit Unrecht? darüber weiter unten) immer staffelmäßig; die bekanntesten Comptoiristen lassen beide Berechnungsarten gelten oder geben gar wie Schiebe (Comptoirwissenschaft §. 86) der Staffelrechnung den Vorzug. Die richtige Berechnungsart kann allerdings nicht Sache des Beliebens, sondern hier wie überall nur logische Folge aus dem Inhalt des Vertrags sein. Wer rechnet, der will ja, hier wie überall, keine Verhältnisse oder Thatsachen schaffen, sondern stets nur eine bestehende Thatsache analytisch erkennen und in concreto in Zahlen ausdrücken und entweder die eine oder die andere Rechnungsmethode ist falsch, wenn die Resultate verschieden.

Der Contocurrentvertrag kann ausdrücklich und stillschweigend eingegangen werden, ersteres geschieht häufig in förmlicher Vertragsform oder durch briefliche Willenserklärung. Mindestens ebenso häufig erfolgt die Vertragseingehung stillschweigend, indem zwischen beiden Theilen eine Reihenfolge von Geschäften abgeschlossen worden, deren Ergebnisse nach den Grundsätzen des C. Ct. beurtheilt zu werden pflegen. Das blose Aufstellen der Geschäftsergebnisse in der gewöhnlichen Form des C. Ct. begründet noch keinen stillschweigenden Abschluß eines Contocurrentvertrags, ja nicht einmal einen Beweis desselben. Dieser Abschluß ist stillschweigend schon mit der Contrahirung der die Elemente einer solchen Uebersicht bildenden Geschäfte erfolgt, also längst vor Fertigung, Einsendung und Genehmigung dieser Uebersicht. Mit der Behauptung, eine solche Uebersicht (Contocurrent) liefere den Beweis des Vertrags, sagt man also einestheils zu viel und anderntheils zu wenig. Will man sich genau ausdrücken, so muß man sagen: die Aufstellung und gegenseitige Genehmigung dieser s. g. Contocurrente liefert den Beweis der einzelnen darin constatirten Geldgeschäfte und aus

der Existenz dieser einzelnen Geschäfte folgt erst der Beweis des stillschweigenden Abschlusses eines Contocurrentvertrags. —

Das Contocurrentverhältniß existirt nur als Hülfsgeschäft des Handels und als Ausfluß des kaufmännischen Gewohnheitsrechts. Geldgeschäfte zu nicht commerciellen Zwecken begründen also auch kein Contocurrentverhältniß. Das Gewohnheitsrecht ist dafür nicht da. In Frankreich z. B. pflegen müßige Kapitalisten die Verwaltung ihres Vermögens Notarien zu überlassen und je nach Bedarf Geld von denselben zu erheben. Dieses Verhältniß mag sich noch so verwickelt gestalten, es wird doch nie zum Contocurrentverhältniß. Wohl aber liegt stets ein solches vor, wenn ein Nichtkaufmann eine Reihe von Geldgeschäften als Correspondent mit einem Banquier eingeht, denn es ist anzunehmen, daß er bei Eingehung des Verhältnisses sich dem bei den Banquiers üblichen Gewohnheitsrechte unterworfen hat [6]).

Andrerseits bildet dasjenige, was man im gewöhnlichen (nicht zum Geschäftskreise des Banquiers gehörigen) Geschäftsverkehre die Contocurrentstellung nennt, nicht dasjenige Rechtsverhältniß, welchem nach der Usanz der Charakter und die Wirkungen des wahren Contocurrents inne wohnt. Dazu gehört wesentlich, daß der Gegenstand des Geschäftsverkehrs Geldumsatz sei, d. h. Erleichterung der Geldcirculation als Leistung des einen Theils. Bezieht A. von B. rohe Baumwolle und B. von A. verarbeitete und berechnen sich beide auch ganz in der für Contocurrente üblichen Form, so ist dies an sich noch kein wahres Contocurrentverhältniß, wenn es auch durch wesentlicheres Hervortreten des dadurch veranlaßten Geldumsatzes dazu werden kann. Vollends auf das Rechnungsverhältniß zwischen Fabrikant und Zwischenhändler, dem Verkäufer des Rohproducts und dem

6) Wo Handelsgerichte existiren, da kann der Nichtkaufmann, der mit dem Banquier in C. Ct. tritt aus dem Contocurrentvertrag nicht vor dem Handelsgerichte belangt werden, es sei denn, daß der Zweck des Vertrags ein commercieller war. S. Urtheil des pariser Appellhofs vom 5. Aug. 1811 (Anders wenn der Banquier belangt wird).

Digitized by Google

Fabrikanten sind die Grundsätze des Contocurrentvertags heute nicht anwendbar, wenn auch in dem kaufmännischen Gewohnheitsrecht der Keim der Entwickelung, auch nach dieser Richtung hin legen mag.

Das die Contocurrente betreffende Gewohnheitsrecht ist überhaupt erst Erzeugniß unseres Jahrhunderts und die Art wie es entstanden, ist rechtsgeschichtlich von hohem Interesse. Der Gebrauch, daß Geschäftsfreunde sich einander Rechnungsübersichten schicken auf zwei Colonnen, wovon die eine (Debetseite) die Belastungen des Empfängers und Entlastungen des Einsenders, die andere (Creditseite) die Entlastungen des Empfängers und Belastungen des Einsenders angeben, ist allerdings nichts neues und solche Ueberſichten nennt man schon seit Jahrhunderten Contocurrente. Nach einer Definition **Müller's im Promtuarium juris** scheint man überhaupt jede kaufmännische Rechnung, das was man heute *Factura* nennt, so bezeichnet zu haben (**est specificatio mercium, cui pretum adscriptum**) [7].

Die besonders seit den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts zahlreichen Prozesse, wobei es auf die Bedeutung des Contocurrents ankommt, sowie doktrinelle Untersuchungen darüber sind jedoch eine neue Erscheinung und Folge der größeren Ausbildung des Bankcredits. In Frankreich haben diese Prozesse dadurch sich vermehrt, daß die Gesetzgebung auf den Contocurrent als Handelsinstitut Rücksicht genommen und einzelne Rechtsnormen darnach fixirt hat, dabei aber den Contocurrent als ein Verhältniß unterstellte, über dessen Natur kein Zweifel bestehe, während hinterher es noch allenthalben an genau fixirten Begriffen darüber fehlte.

Die im Banquiergeschäft geübte ganz eigenthümliche arithmetische Technik bei Aufstellung der Contocurrente hat gewiß mit

7) Eine andere im älteren kaufmännischen Sprachgebrauch, besonders in Frankreich übliche, mit den Meßverkehr zusammenhängende Bedeutung des Ausdrucks **compte courant** im Gegensatze zum **compte du temps** oder **de numerate S. Fremery Etudes de droit commercial pag. 383.**

Digitized by Google

zur Entwickelung des betreffenden Gewohnheitsrechts beigetragen, aber mehr indem sie durch Veranschaulichung dessen Erkenntniß förderte, als indem sie es erzeugte. Jedenfalls hat sie dazu beigetragen, daß man sich daran gewöhnte, den eigentlichen Contocurrent und dessen Wirkungen blos da zu erblicken, wo jene eigenthümlichen Erscheinungen sichtbar waren, nämlich im Geschäftsverkehr zwischen dem Banquier und dem Correspondenten. Bei den zahlreichen von den französischen Arretisten mitgetheilten Rechtsfällen über die Frage, ob die Wirkungen des Contocurrents eintreten, handelt es sich immer von Geldumsatzgeschäften.

Namentlich aber scheint das depositum irregulare diejenige Geldoperation gewesen zu sein, welche den Zwecken des Contocurrentverhältnisses einestheils am meisten entsprach, anderntheils zur Heranbildung des darauf bezüglichen Gewohnheitsrechts am meisten beigetragen hat. Es werden dadurch die verschiedensten Zwecke zugleich erreicht, es werden damit Entlastungen für frühere Vorschüsse und Sicherheiten für später geschaffen, Gelder verzinslich gemacht u. s. w. Diese Geschäftsform ist weit eher das Lebenselement des Contocurrents als das Darlehen, welches Noblet und Devilleneuve dafür erklären. Die Gelder, welche ein Banquier vom Correspondenten erhält, sei es mit, sei es ohne Zinsvergütung, werden, wie bereits bemerkt, niemals als Darlehen, sondern fast immer als depositum irreg. behandelt und meist auch so benannt (depot). Die dem Correspondenten dafür vergüteten Zinsen sind keine Darlehenszinsen, sondern sie fallen unter den Gesichtspunkt derjenigen Zinsen, die der Depositar als Mandatar nach fr. 10. §. 3. fr. 11. D. mandati und Art. 1996 des Code civil dem Deponenten als Mandanten zu vergüten hat. Die Dispositionen, welche der Deponent über die deponirten Gelder, in kleinen und größeren Beträgen, in längeren und in kürzeren Zeitzwischenräumen trifft, bringen den Gesichtspunkt der Geschäftseinheit für alle damit zusammenhängenden und daran sich anschließenden Geldoperationen von selbst zu Wege. Die allgemeine Form der kaufmännischen Comptabilität fand sich dafür vor und bildete

Digitized by Google

sich zu der speciell für Geldgeschäfte so sehr geeigneten Form des Contocurrents der Banquiers aus, während der Contocurrent als Rechnungsverhältniß für Geldgeschäfte ein eigenthümlicher war und blieb. Der Gesichtspunkt der Geschäftseinheit im Geldverkehr ist älter als das Rechtsbewußtsein von derselben in der Geschäftswelt. Fremery a. a. O. S. 376 führt ein Statut von Genua an, wornach der Wechselschuldner kaufmännischer Concursmassen selbst dann mit seiner Forderung an die Masse compensiren kann, wenn seine Wechselschuld noch nicht fällig ist. Es galt dies als kaufmännisches Gewohnheitsrecht Jahrhunderte hindurch bis zu einer Entscheidung des Appelhofs von Bordeaux vom 3. Dec. 1827, ganz gegen die Bestimmungen des gemeinen Rechts über Compensation. Der Grund dieser Anomalie wurde bald in der These gefunden, das Falliment mache alle Forderungen exigibel, bald ganz allgemein in Billigkeitsrücksichten. Erst in der neueren Zeit haben französische und belgische Appelhöfe dergleichen Entscheidungen damit motivirt, daß im Contocurrent die Forderungen sich ohne Rücksicht auf Verfallzeit compensirten. Es ist nun interessant, zu lesen, wie in Ermangelung präciser Begriffsbestimmungen, zum Theil veranlaßt durch legislative Verstöße, die Ansichten hin- und herschwankten. Der Appellhof von Bordeaux erklärte alle kaufmännischen Forderungsverhältnisse für Contocurrente (3. Dec. 1827), andere kommen wieder auf ältere Erklärungsgründe zurück und der pariser Cassationshof hat sogar mit geringem Schwanken bis in das Jahr 1853 dem Contocurrentverhältnisse jede Wirkung anf Compensation abgesprochen. Fremery a. a. O. S. 386 ff. erklärt wieder jenes Gewohnheitsrecht einfach durch die communis opinio necessitatis et aequitatis. Wir glauben aber bei diesem scharfen Kenner des kaufmännischen Gewohnheitsrecht unsere Ansicht über die Natur des Contocurrents, ihm selber unbewußt, wieder zu finden. Er bestreitet die Ansicht des Appelhofes von Bordeaux, indem er annimmt, daß das Charakteristische des Contocurrents blos in der Art der Zinsenberechnung liege, indem jede auf Contocurrent

Digitized by Google

übertragene Forderung ipso jure Zinsen trage. Waarenforderungen aber, so führt er (S. 387 ff.) fort, trügen nicht ipso jure Zinsen, und erforderten deßhalb die Aufstellung besonderer Rechnungen. Dies wäre der einzige Unterschied zwischen der Contocurrente und der gewöhnlichen Rechnung und also beschränke sich die Compensationsbefugniß des Masseschuldners nicht auf den C. Ct., sondern dieselbe finde immer statt.

Nirgends ist unsers Wissens die Geldforderung im Geld- und Bankgeschäfte, diejenige nämlich, die nach commerciellem Gewohnheitsrecht ipso jure Zinsen trägt, im Gegensatz zur Waarenforderung, mit solcher Präcision als die eigentliche Domäne des C. Cts. dargestellt worden. Daß Fremery demungeachtet im C. Ct blos eine Rechnungsmethode im Gegensatz zur Faktura, und der Staffelrechnung sehen will, hat offenbar blos darin seinen Grund, daß er den Gegenstand blos beiläufig mit Rücksicht auf eine specielle Rechtsfrage behandelt. Der C. Ct. kann unmöglich eine blose Rechnungsmethode sein, denn jede solche muß, wenn sie richtig sein soll, die nämlichen Resultate liefern, wie jede andere, oder sie ist falsch. Will man aber doch diejenige für richtig halten, welche das obnormale Resultat ergibt, so kann es blos in der Unterstellung besonderer Rechtsgrundsätze geschehen, sei es, daß sie auf Gesetz, Gewohnheit oder Vertrag beruhen. Wir werden aber sehen, daß die Differenz in dem Rechnungsresultat weder die einzige noch die wichtigste Rechtswirkung des Contocurrentverhältnisses ist.

Noch weniger als die ältere Doktrin hat die ältere Gesetzgebung in Handelssachen das Contocurrentverhältniß berücksichtigt. Wir finden, soweit wir die Quellen kennen, keine Spuren davon. Wo etwa die in Handelssachen schon seit Jahrhunderten so reichhaltige französische Gesetzgebung davon spricht, da hat sie mehr zur Verwirrung als zur Präcisirung der Begriffe beigetragen.

Man hat den Namen vorgefunden und zur Regulirung verschiedener Rechtsverhältnisse verwendet, indem man gewohnheitsrechtliche Normen unterstellte, ohne zu bedenken, daß das

Digitized by Google

Gewohnheitsrecht zwar Rechtsverhältnisse erzeugt, dabei aber nicht von schulgerechten Definitionen ausgeht. Die Ereignisse der französischen Revolution haben zu dergleichen legislativen Erscheinungen die erste Veranlassung gegeben. Das Vermögen der Unterthanen der Staaten, mit denen die Republik im Kriege sich befand, war sequestrirt. Ihre französischen Schuldner durften sich ihnen gegenüber durch Zahlung nicht entlasten, sondern mußten, wenn sie entlastet sein wollten, den Betrag ihrer Schuldigkeit bei öffentlichen Kassen hinterlegen. Das konnte nur geschehen — in Assignaten, gleich anfangs entwerthet und voraussichtlich bis zur Aufhebung der Sequestrationsdecrete ganz werthlos, so daß also den Gläubigern, für deren Rechnung sie hinterlegt waren, die größten Verluste drohten. Die Inhaber des Banquierhauses Vandenyever, ein Vater und zwei Söhne, welche ihre auswärtigen Gläubiger bezahlten, büßten ihre Rechtschaffenheit auf dem Blutgerüste. Es war natürlich, daß man sich zu helfen suchte. Um namentlich festzustellen, zu welchem Course derjenige, der für einen andern Assignaten zu einer bestimmten Zeit vereinnahmt hatte, dieselben später vergüten sollte, wurden in den einzelnen Departementen s. g. Entwerthungsscalen (echelles de depreciation) aufgestellt, die den Cours des Papiergeldes Monat für Monat anzeigten. Ein Gesetz vom 16 Nivose VI bestimmte aber außerdem, daß jeder Contocurrentschuldner (tout debiteur par compte courant, hier kommt unseres Wissens zum ersten Mal das Wort in einem Acte der Gesetzgebung vor) blos zu restituiren brauche, was er an Papiergeld in natura empfangen oder nach der Entwerthungsscale zur Zeit der Außercourssetzung des Papiergeldes hätte bezahlen müssen.

Es konnte nun später nicht an Prozessen fehlen über die Frage ob ein Compte Courant vorliege. Den Gerichten war die Sache etwas ganz Neues und sie begnügten sich mit der oberflächlichsten Parere's der Banquiers und Zählung der Unterschriften, wenn deren Ansichten im Widerspruch waren. Für die Ertheiler solcher Parere's lag die Versuchung nahe, sie so abzufassen, daß sie ein Präjudiz für diejenige Entscheidung bildeten,

Digitized by Google

welche im concreten Falle nicht sowohl das strenge Recht als die Billigkeit erheischte. Es war dies namentlich der Fall in einer s. g. cause celebre (Vanoverstractes gegen Tourton-Ravel) (Sirey Recueil general des lois et des arrets Jahr XII S. 150). Sogar der berühmte Generalprocurator Merlin glaubte bei der Verhandlung dieser Sache sich einfach auf die Pareres der Banquiers beziehen zu dürfen. Es handelte sich darum, ob, wenn im Jahr 1791 ein C Ct. abgeschlossen, die Geschäftsverbindung zwischen den beiden Häusern aufgehört und der Saldo zum Nachtheil des französischen Hauses fixirt war, letzterer noch 1794 als debiteur *par compte courant* erscheine. Wie diese Frage zu beantworten, werden wir weiter unten sehen, hier aber nur zeigen, wie wenig man den C. Ct. als Rechtsverhältniß auffassen zu müssen glaubte, wie man aber allmälig sich von der Nothwendigkeit einer solchen Auffassung überzeugte und endlich zu mehr oder weniger richtigen Auffassungen gekommen ist. Viel richtiger als manche spätere doctrinelle Begriffsbestimmung ist indeß schon die eine in dem erwähnten Prozosse von einer Anzahl Banquiers abgegebene Erklärung: Ce qui constitue un compte courant, se sont les traites que les negocians font les uns sur les autres ou les remises qu'ils se font reciproquement, qu'à quelque date on echéance que sont les remises, elles sont portées au compte courant dont elles font *partie necessaire* et que ce compte courant, ne cesse de subsister que lorsque les parties sont definitivement quittes ensemble. (Offenbar war es der Schlußsatz, worauf die begutachtenden Kaufleute hinzielten, sowie auf die Nothwendigkeit des Geldumsatzes, remises). Ein anderes in demselben Processe ertheiltes Parere beschränkt sich nach Art der kaufmännischen Rechenbücher auf eine rein äußerliche Anschreibung der Scriptur, der beiderseitigen Colonnen u. s. w. Schon damals haben dem pariser Appellhofe diese Kriterien nicht genügt. Er erblickte sie darin que le creancier pouvait tirer d'un instant a l'antre u. s. w. Die Art. 581 und 584 des französischen Handelsgesetzbuches sind unseres Wissens die einzigen praktischen legislativen Bestimmungen in

Digitized by Google

den Gesetzgebungen die des C. Cts. erwähnten. Es werden darin Fälle bestimmt, in welchen ein Gläubiger im Falliment als Vindicant von Massegegenständen auftreten oder, falls diese Objekte nicht mehr in Natur vorhanden sind, aus dem dafür ausstehenden Betrag privilegirte Befriedigung begehren dürfe. Der Art. 581 statuirt ein solches Vindicationsrecht zu Gunsten dessen, der dem Falliten Waaren zum Commissionsweisen Verkauf übergeben hatte, der Art. 583 und 584 zu Gunsten des Remittenten von Wechseln, die noch in Natur vorhanden und deren Betrag zur Verfügung des Remittenten liegt oder von demselben eine specielle Bestimmung erhalten hat. Es heißt nun weiter:

1) daß das Privilegium des Art. 581 auch auf den noch ausstehenden Verkaufpreis sich erstrecken solle, den der Fallite für die consignirten Waaren erzielt, wenn er nicht in Contocurrent zwischen ihm und dem Käufer verrechnet worden ist,

2) daß das Privileg des Art. 584 auch auf solche Rimessen sich erstrecken solle, bezüglich welcher der Remittent eine specielle Bestimmung nicht getroffen hat, wenn sie in einen Contocurrent getreten, worin der Remittent oder Eigenthümer blos als Creditor (*crediteur* nicht creancier) erscheint. Das Privileg solle aber aufhören, wenn er zur Zeit der gemachten Rimesse irgend einen Betrag dem Falliten schuldig war.

In beiden Fällen kam es natürlich darauf an, was unter Compte courant zu verstehen sei. In der Praxis wurde es damit bald zu leicht bald zu streng gehalten. Der Zweck des Gesetzes war in beiden Fällen klar und damit auch die ratio. Im Falle des Artikels 581, bei in Consignation gegebenen Waaren, sollte der Kaufpreis vindicirt werden können, wenn er nicht durch ein gegenseitiges Rechnungsverhältniß zwischen dem Käufer und dem Falliten compensirt, im Falle des Art. 584 soll das Vindicationsrecht aufhören, wenn der Remittent laut Contocurrent für irgend welche Summe Schuldner des Falliten war, was allerdings bei Contocurrenten immer der Fall ist,

Digitized by Google

wenn man nicht noch weiter als der gewöhnliche Sprachgebrauch gehen und jede einseitige Factura so nennen will. Bei Redaktion des Art. 581 hätte man also offenbar sich weit zweckmäßiger ausgedrückt, wenn man die zwischen dem Falliten und Käufer eingetretene Compensation als Voraussetzung des aufhörenden Vindicationsrechts des Kaufpreises der in Commission gegebenen Waaren hingestellt hätte [8]); bei Redaktion des Art. 584 aber hat man eine wahre crux interpretum geschaffen. Indem man namentlich sich darauf steifte, statt des Wortes créancier den Ausdruck crediteur zu gebrauchen, was nicht sowohl einen Gläubiger als den Namen dessen bedeutet, der auf der Creditseite im kaufmännischen Rechnungsbuche, der Debetseite gegenüber, steht, hat man dem Formellen der Rechnungsaufstellung eine übertriebene und gar nicht beabsichtigte Bedeutung gegeben. Die Folge davon war, daß man diejenige Bedeutung des compte courante, die aus dem Art. 584 sich ergeben sollte, als die gesetzlich richtige bald auf andere Verhältnisse übertrug bald die aus dem Leben gegriffene Ansicht von demselben zur Interpretation dieses Artikels benutzte, wodurch denn eine heillose Verwirrung der Ansichten entstand. Pardessus in seinem Commentar zum Handelsgesetzbuch Nr. 128 half sich damit, daß er jene Bestimmungen blos dann als anwendbar erklärte, wenn der compte courant ein reeller, also kein blos formeller sei. Die neue Fallitgesetzgebung hat endlich die Fehler der älteren Gesetzgebung in den Art. 574 ff. des neuen Handelsgesetzbuchs ausgemerzt, nicht blos sowohl durch neue Verfügungen als durch eine solche Redaktion der älteren, wodurch deren Sinn klar wurde. Demnach ist bei der Bestimmung über das Vindicationsrecht 1) bei Rimessen der Ausdruck compte courant ganz weggeblieben 2) bei dem ausstehenden Kaufpreis von Commissionswaaren der Wegfall des Vindicationsrechts für den Fall eingetrener Compensation zwischen dem Käufer und Falliten sehr präcis stipulirt.

Seitdem ist die Rechtsprechung über das Contocurrentver-

---

8) *Merlin* **Quaestions de droit in compte courant (Addition).**

Digitized by Google

hältniß ergiebiger, und für die juristische Entwickelung der Materie fruchtbringender geworden. Sie faßt die praktischen Folgen ins Auge, dergestalt aber, daß sie nur beim Banquiergeschäft als eintretend unterstellt werden, wo allein sie auch nur ihrer Natur nach maasgebend sein könnten. In dieser Entwicklung der Ansichten hat gewiß auch die Technik des Bankconto-currents wesentlich mitgewirkt. Andrerseits hat man aber ebenso allgemein aufgehört die äußere Scriptur der Rechnungsaufstellung wie in den oben angeführten Parere's als Erkennungsgrund aufzustellen [9]). Man fand dasselbe vielmehr wie bei Fremery a. a. O. und im Bericht des Cassationsgerichsrath Duplan in einem am 3. April 1839 am Cassationshofe entschiedenen Prozesse in der eigenthümlichen Art der Zinsberechnung und dem unbeschränkten Kündigungsrechte des Gläubigers. *Massé* (dictionnaire du contentiecix commercial h. v.) und *Pardessus* kommen der richtigen Ansicht sehr nahe, wenn sie von einem primitiven Contocurrentvertrage sprechen, dessen Gegenstand die einzuhaltende Berechnungsart der gegenseitigen Darleihen sind. Diese Difinition reicht schon hin, wenigstens einen Theil der bei dem C. Ct. vorkommenden Erscheinungen zu begründen. Richtiger und der Idee des Gewohnheitsrechts näher kommend, würden jene Schriftsteller sich aber ausgedrückt haben, wenn sie statt von Darleihen von gegenseitigen depositis irregularibus gesprochen hätten. Jedenfalls aber haben sie die Frage tiefer und lebendiger aufgefaßt, als es in der erst 1848 erschienenen Monographie von Roblet geschehen ist.

Die Auffassung des C. Cts. als bloses Darlehen ist übrigens seitdem von andern französischen Gerichtshöfen als ungenügend erkannt worden. Sehr treffend z. B. von dem Appellhofe zu

---

9) S. hierüber ein Urtheil des Appellhofs von Bourges vom 16. Mai 1845 bei Dalloz, welcher ausdrücklich erklärt, daß eine Reihenfolge von Waarenlieferungen und Zahlungen, wenn auch in Debet und Credit aufgestellt, darum noch keinen Contocurrent bilde.

Digitized by Google

Colmar in einem Urtheile vom 27. Mai 1846, wo es heißt le contrat d'ouverture de credit, (so wird hier der Contocurrentvertrag genannt) differe essentullement du prét civil et commercial. Dans ce dernier contrat le preteur remet à l'emprunteur la somme convenue an moment ou il lui convient de le faire pour un tems determiné avant l'expiration duquel il n'est pas tenu de recevoir sonremboursement comme aussi et à moins de conventions contraires il est en droit de refuser tout paiement partiel, il est au contraire de l'essence du contrat d'ouverture de credit de banque, que l'emprenteur ne soit tenu de recevoir les fonds qu'a fur et à mesure de ses besoins et qu'il puisse payer partiellement la somme avancé quand ses ressources le lui permettent ce qui oblige le banquier d'avoir constamment duns sa caisse l'argent que l'emprunteur est en droit d'exiger de lui comme aussi de recevoir des à compte a tout instant alars même qu'il n'a pas pu s'assures à l'avance de l'emploi des sommes, qui lui sont inopinément remboursées.

Hier ist also geradezu ausgesprochen, wie in dem oben angeführten Gutachten der frankfurter Handelskammer, daß bei dem Geschäftsverhältnisse, von dem es sich handelt, ein Geschäftscomplex existirt, dem ein primitiver Vertrag vorangeht, in Gemäßheit dessen die Contrahenten zur Abschließung successiver Geschäfte verpflichtet sind.

Man sieht hieraus, unser Gegenstand, obwohl Erzeugniß des neuesten Gewohnheitsrechts, hat bereits seine kleine Dogmengeschichte, nicht blos von Interesse für den Gegenstand selbst, sondern auch als anschauliches Beispiel organischer Rechtsentwickelung, durch Leben, Lehre und Gerichtsgebrauch und der Hemmung dieser Entwicklung durch vorzeitiges legislatives Eingreifen. Es ergeben sich daraus folgende Sätze:

1) Daß der C. Ct. ein selbstständiges Vertragsverhältniß enthält, also insofern nicht mit der Rechnungsmethode, die diesen Namen trägt, zu verwechseln ist.

2) Gegenstand dieses Vertrages ist a) eine fortlaufende

Digitized by Google

Reihe von Geld- und Creditoperationen, welche als Complex, als Geschäftsganzes erscheinen, b) die Verpflichtung, die Ergebnisse derselben in der durch das Gewohnheitsrecht festgesetzten Weise zu verrechnen.

3) Mittelst dieser Verrechnung werden die durch jene Operationen begründeten wechselseitigen Geldforderungen und Geldschulden (nicht zu verwechseln mit den Geschäften selbst, welche Gegenstand des pacti de contrahendo sind), constatirt. Dieselben werden aber

4) wieder nicht als Darlehen, sondern als deposita irregularia Seitens des Correspondenten, als spezifische Art commercieller Creditertheilung Seitens des Banquiers betrachtet.

Das Contocurrentverhältniß kann ein gegenseitiges sein, d. h. beide Interessenten können der eine zum andern im Verhältniß des Banquiers zum Correspondenten stehen; es ist diese Gegenseitigkeit besonders für die Arbitragirung über fremde Plätze von Vortheile. Anderseits ist es auch wohl thunlich, daß derjenige, der den C. Ct. eröffnet hat, nicht gerade Banquier von Profession sei. Immer aber ist das Geschäft selbst, der Contontocurrentvertrag, ein Handelsgeschäft und hat die Wirkung eines solchen.

Der Banquier selbst tritt seinerseits den großen Bankinstituten gegenüber in das Verhältniß des Correspondenten; eine öffentliche große Bankanstalt ist ihrem Wesen nach der Banquier des Banquiers. Wenn sie sich darauf beschränkt, dies in vollem Maaße zu sein, so erfüllt sie am besten ihre Aufgabe, als Centrum des Geldumlaufs, als große Schatzkammer des nationalen Verkehrs.

Nach dem bisherigen steht ein lange Zeit bestrittener Satz als gerechtfertigt da, daß nämlich die gesetzlichen Zinsbeschränkungen auf die Geldoperationen durch C. Ct. nicht anwendbar sind. Zinsgesetze beziehen sich stets auf das einfache Darlehen. Gewöhnlich allerdings wird der gesetzliche Zinsfuß auch im C. Ct. stipulirt, daneben aber ein mit jedem einzelnen Geldumsatzgeschäfte zu vergütender besonderer Geschäftsgewinn unter dem

Digitized by Google

Namen Provision bedungen. Da aber die Provision stets ebenso, wie die Zinsen, nach Prozentsätzen berechnet wird, so ist es klar, daß sie weiter nichts ist, als ein Zins unter anderem Namen. Andrerseits könnte man fast mit eben dem Recht behaupten, daß selbst die im C. Ct. vom Banquier verrechneten Zinsen sich unter den Gesichtspunkt des Geschäftsgewinnes fassen lassen, daß Zinsen und Provision bei der Calculation des Banquiers gerade so in einander laufen, wie im Waarengeschäft die Zinsen, die der Kaufmann von seinem Betriebscapital calculirt, und der Geschäftsnutzen. Die Leistungen des Banquiers erfordern ein reges Geschäftsleben, unausgesetzte Beobachtungen der täglichen Erscheinungen in der Geldcirculation, Unterhaltung von Verbindungen nach allen Richtungen, eine stets offene Kasse zu Zahlungen, stete Bereitschaft von zu seiner Verfügung stehenden Kapitalanlagen, um selbst die bei ihm gemachten Depositen verzinsen zu können, auf die kürzeste und längste Zeit, für die größten und kleinsten Beträge. Er nimmt und bezahlt überhaupt blos Zinsen in Folge der Fiktion des kaufmännischen Gewohnheitsrechts, daß jeder Geldbetrag in der Hand des Kaufmanns stets Nutzen bringt. Der Banquier ist mit einem Worte kein geldvermiethender Kapitalist (bailleur de foud), sondern ein mit Betriebskapital verkehrender Handelsmann, er ist Geldhändler und als solcher ein bezahlter Arbeiter, der sich mit blosen Capitalzinsen nicht zu begnügen braucht. Daß der Contocurrentvertrag nicht mißbraucht werden darf, um wucherische Darlehen zu verschleiern, versteht sich von selbst und ist auch nicht wohl möglich, wenn es richtig ist, daß nicht die tabellarische Ueberſicht in Credit- und Debetcolonnen, sondern das Material der Geschäfte die Existenz des C. Cts. begründet.

Auch das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, sei es überhaupt, sei es für kürzere Perioden, als die eines Jahres, fällt im C. Ct. weg. Zur Fixirung der Epoche aber von wo an die Zinsen verzinst werden sollen, dazu dienen die gewönlichen periodischen Rechnungsabschlüße oder Bilanzen. Die Dauer der-

Digitized by Google

selben ist bald durch Usanz bestimmt, bald durch besondere Uebereinkünfte und ist meist viertel- oder halbjährig. Allerdings ist der eigentliche Zweck derselben der, um spätere Irrungen zu vermeiden, das Rechnungsergebniß oder Saldo aus den bisherigen Geschäften festzustellen, und nach kaufmännischen Gewohnheitsrechte wird derselbe, um nicht bei dem vielleicht erst nach langen Jahren erfolgenden definitiven Abschluß auf eine umfangreiche Rechnung zurückkommen zu müssen, als selbstständiger Posten auf die neue Rechnung vorgetragen. Eine Novation der bisher abgeschlossenen Geschäfte ist damit nicht beabsichtigt, und wenn es sich später ergibt, daß aus diesen Geschäften Forderungen bestanden haben oder später entstanden sind, die bei der Berechnung des Saldo's nicht in Anschlag gekommen sind, so wird deren Betrag später an Kapital und Zinsen vom Datum der Entstehung neu einzutragen sein. Juristisch ist diese periodische Saldirung, abgesehen von ihrem gewohnheitsrechtlichen Einflusse auf die Verzinsung, ohne alle Bedeutung, eine so große Rolle sie auch in der kaufmännischen Arithmetik spielt, daher erwähnen wir sie in dieser Abhandlung auch nur beiläufig, da wo sie in die Rechtsverhältnisse des C. Cts. eingreift. Formell scheint immerhin bei jeder periodischen Bilanz ein neues Rechnungsverhältniß zu beginnen und darin figurirt als erster Posten der eben ermittelte Saldo, in die Creditrubrik derjenigen, der ihn zu fordern hat und wie dann überhaupt im C. Ct. die arithmetische Technik von Einfluß auf die Entwicklung des Gewohnheitsrechts ist, so hat man, durch die äußere Erscheinung und die unrichtige Vorstellung, als involvire jede Saldoziehung auch einen Schluß des C. Cts., verleitet, diesen ersten Posten der neuen Rechnung wie eine neue Geldobligation betrachtet und Zinsen davon berechnet. Man hat sich daran um so leichter gewöhnt, weil die Chance der Zinsenvergütung ja eine gegenseitige ist, ganz gegen das, was der innere Gehalt des Saldo's gebieten würde, der sich ja nicht allein aus Forderungen componirt, die in Geldleistungen ihren Grund haben, sondern auch aus den Accessorien des C. Cts., den bereits aufgelaufenen Zinsen, der

Digitized by Google

Provision, der Spesen u. s. w. Wie dem auch sei, die Verzinsung des Bruttosaldo, d. h. des Saldo, darin inbegriffen die Zinsen u. s. w., war durch den Despotismus der kaufmännischen Arithmetik, wenn auch juristisch ohne Grund, herbeigeführt und da dies Resultat einmal feststeht, so wird es dermalen auch sehr absichtlich in der den einzelnen Geschäften vorangehenden Gewinncalculation mit in Anschlag gebracht. —

Zu den naturalibus des Contocurrentvertrags außer dem Hinwegfallen der gesetzlichen Zinsenbeschränkungen und außer der Verzinsung der Zinsen mittelst Einrechnung der Accessorien in den periodisch als neuen Creditposten aufgestellten Saldo gehört ferner:

1) daß von allen vereinnahmten Geldposten ipso jure Zinsen berechnet werden, auch ohne besonderes Uebereinkommen. Es ist dies nicht etwa eine Folge der Regel des fr. 12. §. 3. Dig. mandati (Art. 1996 Code Napoleon), wornach der Mandatar die für den Mandanten vereinnahmten, aber in eigenem Nutzen verwendeten Gelder verzinsen muß. Denn die folgende Stelle fr. 12. §. 8. hebt die Zinsverpflichtung auf, wenn die Geldanlage auf Gefahr des Mandatars erfolgt ist. Da dies nun im Contocurrentverhältniß immer der Fall ist, so würde gerade aus fr. 12. Dig. mandati folgen, daß die Verzinsung niemals eintritt. Auch ist der Geldschuldner nicht immer Schuldner ex mandato, z. B. bei direkten ihm gemachten Geldsendungen, bei Zahlungen, die der Creditor auch ohne Auftrag für ihn leistet u. dgl. Der wahre Grund der Verzinslichkeit aller Artikel des C. Cts. liegt in der schon angeführten Fiktion des kaufmännischen Gewohnheitsrechts, daß jeder Geldbetrag in den Händen des Kaufmannes beständig arbeite, d. h. Nutzen bringe. Aus diesem Grunde werden auch Spesen, Provisionen u. dgl., welche in Saldo verrechnet sind, nicht verzinst, denn hier liegt keine Forderung für verausgabtes Geld vor.

2) Von einer Verpflichtung zur Rückzahlung des Saldo's kann während der ganzen Dauer des Contocurrentverhältnisses keine Rede sein. Der Correspondent kann wohl aber über die ihm

Digitized by Google

gutkommenden Saldo, wie sich von selbst versteht, verfügen; er kann es ja sogar über den ganzen Betrag des eröffneten Kredits. Ebenso kann der Banquier, der einen Saldo zu fordern hat, für den er dem Contocurrentvertrag zuwider nicht gedeckt ist, Deckung begehren, was am einfachsten durch Zahlung geschieht, aber beides ist etwas ganz anderes als Rückzahlung des Saldo.

3) Die Zulässigkeit ungleicher Zinsbedingungen für die Contrahenten, z. B. der sehr gewöhnlichen Stipulation, daß der Banquier dem Correspondenten seine Debet-Artikel niedriger verzinse, als Letzterer dem Ersteren die Seinigen oder auch wohl gar, daß der Banquier gar keine Zinsen vergütet (Siehe hierüber Schiebe's Contorwissenschaft 4. Auflage §. 91), oder daß die Zinsen zu Lasten des Banquiers erst nach einem bestimmten Zeitablauf vom Tage des Incasso's berechnet werden. Verschiedene Banquierhäuser haben zur Festsetzung dieser Verhältnisse gedruckte Prospektus vorräthig, die sie als Bedingungen des einzugehenden Geschäftsverkehrs ihren Correspondenten einsenden. Dieselben sind zuweilen so verklausulirt, daß sie wahrhaft als vexatorische Fallen der Correspondenten erscheinen, welche nur zu häufig die Tragweite dieser Verschanzungswerke nicht einsehen. In den seltenen deshalb entstandenen Prozessen, ist sogar schon die Rechtswidrigkeit von dergleichen Stipulationen zu Tage getreten. Wir behalten uns die rechtliche Prüfung an einem anderen Orte vor.

Als accidentielle Bestandtheile des Contocurrentvertrags erscheinen:

1) Die bereits besprochene Limitation des Umfangs des ertheilten Kredits.

2) Die Bestimmung des Quantums des Umsatzes oder wie oft der Correspondent gehalten sein soll, über den eröffneten Kredit in seinem ganzen Umfange während einer bestimmten Epoche, z. B. eines Jahres, zu verfügen und welche Vergütung der Banquier zu fordern hat, wenn es nicht geschieht. Diese für den Correspondenten oft sehr lästige Stipulation ist eine von denjenigen, hinter welcher möglicher Weise der Contocurrent-

Digitized by Google

vertrag ein wucherisches Darlehen verbirgt, und es ist schon vorgekommen, daß ein Gericht deßhalb die sämmtlichen Emolumente des Banquiers auf den gesetzlichen Zinsfuß seiner baaren Vorlagen reducirt hat.

3) Die Leistung von allerlei Sicherheiten für den Saldo (nicht zu verwechseln mit der gewöhnlichen Deckung), z. B. durch Pfand und Bürgschaft. Wir kommen darauf weiter unten zurück.

4) Verschiedene Stipulationen und Usanzen in Bezug auf Summirung der Tage, Wochen, Monate, die nach den Usanzen einzelner Länder, Wechselplätze, ja selbst einzelner Häuser verschieden berechnet werden, z. B. das Jahr zu 360 oder 365, der Monat ohne Unterschied zu 30 Tagen u. dgl. Vieles beruht dabei weniger auf rechtlichen Gesichtspunkten, als auf der bequemen Technik des kaufmännischen Rechnens. Die daraus sich ergebenden arithmetischen Ungenauigkeiten erregen in der Praxis weniger Anstoß als die oft unzeitige Reformsucht der Comptoristen in dergleichen Nebendingen. Dem Correspondenten kommt es dabei mehr auf Gleichförmigkeit in der Behandlung als auf neue ingeniöse arithmetische Combinationen an.

Wir haben vorhin die periodischen Bilanzen oder Saldoberechnungen als rein formelle Manipulationen erwähnt. Damit ist aber nicht zu verwechseln der wirkliche Contocurrentschluß (clôture de compte courant), wozu man in der Praxis nur allzusehr geneigt ist. Es wird zuweilen eine Periode stipulirt, wie lange die Geschäftsverbindung dauern, oder auch ein Kündigungstermin, nach dessen Eintritt der Geschäftsfreund gehalten sein soll, seinen Saldo durch Zahlung zu tilgen u. a. M. Deckung zu geben). Zuweilen stehen sie auch usanzmäßig fest. Wo keines von beiden der Fall ist, da kann der Saldogläubiger so oft er will diese Deckung begehren. Diese Geschäftsperioden und Kündigungsfristen treffen nur in der Regel mit den gebräuchlichen Zeitpunkten der Saldoberechnung zusammen, und zwar sehr begreiflich deßhalb, weil, wenn eine solche Geschäftsverbindung nur in der Voraussicht eingeht, daß sie eine Reihe von Saldoperioden fortdauern, daher die eben gerügte Ver-

Digitized by Google

wechslung und die in der Praxis so häufig unrichtige Ueberschätzung dieser Saldoperioden. Nichts destoweniger ist der Contocurrentabschluß durchaus etwas anderes, als der blose periodische Saldozug, selbst dann, wenn die Geschäftsverbindung fortdauert und sich eine ganze Reihe solcher Abschlußperioden hindurch wiederholt. Nach dem Ablchluß beginnt eine neue Vertragsperiode, wie bei andern auf Fortdauer des Vertrags in Ermangelung der Kündigung lautenden Conventionen, ein neuer stillschweigender Abschluß des ursprünglichen Contocurrentvertrags. Uebrigens kann der Schluß des Contocurrentvertrags auch in Folge äußerer Umstände, nämlich des Todes, der Rechtsunfähigkeit und was besonders von Wichtigkeit ist, in Folge des Fallimentes oder des Concurses eines der Contrahenten eintreten.

Die fundamentale Verschiedenheit zwischen der periodischen Bilanzirung und dem Contocurrentschluß hat man wohl im Auge zu behalten, wenn man die Wirkungen des Contocurrents begreifen will.

Die periodische Bilanzirung bezweckt, abgesehen von ihrer Bedeutung für die Capitalisation der Zinsen, lediglich eine übersichtliche Darstellung der Geschäftsergebnisse, der Contocurrentschluß dagegen macht eine vollständige Diskussion aller Bestandtheile des C. Cts. erforderlich, deren Ergebnisse rechtlich festgestellt werden sollen. Mit dem Contocurrentschluß treten die eigentlichen Wirkungen des Contocurrentvertrages zu Tage.

Diese Wirkungen nun kann man in den Satz zusammenfassen: daß keine einzelne Entlastung eines Contrahenten als Bezahlung einer einzelnen von ihm eingegangenen im Contocurrentnexus stehenden Verbindlichkeit betrachtet werden kann, sondern blos als eine Bezahlung auf die Gesammtheit aller in Gemäßheit des Contocurrentvertrags abgeschlossenen Verbindlichkeiten, m. a. W., das **ganze** Haben gilt als Zahlung für den ganzen Soll!

Es ist dies die Folge der Auffassung aller in Gemäßheit des Contocurrentvertrags abgeschlossenen Geschäfte als Geschäfts-

Digitized by Google

einheit. Jede Entlastung des einen Contrahenten, isolirt betrachtet, ist zugleich eine Belastung des andern; man kann sogar weiter gehen und sagen, daß jede im Contocurrentnexus enthaltene Leistung eigentlich isolirt betrachtet, niemals als Entlastung des Leistenden, sondern stets nur als Belastung des andern Theils erscheint [10]), ganz gewiß aber fällt sie niemals unter den Gesichtspunkt der Entlastung des Leistenden für eine bestimmte im C. Ct.-Nexus stehende Forderung des Andern.

Mit anderen Worten: So lange das Contocurrentverhältniß dauert, finden die gewöhnlichen gemeinrechtlichen Bestimmungen über Imputation der Zahlungen und Compensation der Forderungen keinerlei Anwendung und es ist in der That eine interessante Erscheinung, wie streng das Gewohnheitsrecht diese so abstrakte Folgerung aus der Auffassung des C. Cts. unter den Gesichtspunkt des Geschäftscomplexes in allen Einzelnheiten festgehalten hat.

Es lassen sich daraus folgende Fragen einfach lösen:

I. Die Frage nach dem Verhältniß gegenseitig gemachter Rimessen, im Falle des Concurses eines der beiden Geschäftsfreunde. Der Fall welcher schon zu unzähligen Prozeßen in Folge absichtlicher oder unabsichtlicher Mißverständnisse Veranlassung gegeben hat, ist der:

Der eine Contrahent übersendet dem andern noch nicht fällige oder wenigstens noch nicht bezahlte Wechsel zur Einkassirung; die Thatsache an sich hat offenbar mit dem zwischen beiden bestehenden Contocurrentverhältniß nichts zu schaffen, da blos ein Commissionsgeschäft, ein Mandatsverhältniß vorliegt, kein Theil aber dem andern allein in Folge der gemachten Rimesse an sich betrachtet, Geld schuldig ist. Der kaufmännische

10) Als geistreichen Sprung, präciser juristischer Begriffsauffassung aber nicht angemessen, kann man es gelten lassen, wenn z. B. Devilleneuve Recueil 51, 2, 256 geradezu sich dahin ausdrückt, bis zum Contocurrentschluß sei gar kein Gläubiger und Schuldner, sondern nur ein Creditor und ein Debitor vorhanden.

Digitized by Google

Gebrauch will aber, daß solche Valuten sogleich zur Entlastung des Mandanten und zur Belastung des Mandatars in die Contocurrentscriptur eingetragen werden, der Letztere sich also als Schuldner des Erstern für den Betrag jener Rimesse erklärt, die als Anschaffung gilt. Werden die Rimessen nicht honorirt, so entsteht dadurch allein noch keine besondere Schwierigkeit, die Anschaffung fährt fort als Anschaffung, der Mandatar als Schuldner zu figuriren. Er hat aber ein Rückforderungsrecht gegen den Mandanten, selbst wenn dasselbe nicht ausdrücklich durch die Klausel „vorbehaltlich richtigen Eingangs" oder „sauf *encaissement*" stipulirt worden ist. Dieselbe ist bei dergleichen Geschäften eine stillschweigende Bedingung und eine natürliche Folge des Grundsatzes: Anweisung ist keine Zahlung. Jenes Rückforderungsrecht aber besteht in einer völlig liquiden Geldforderung und tritt als solche mit doppeltem Recht in den C. Ct.-Nexus, der Remittent wird mit dem ganzen Betrag der unbezahlt gebliebenen Rimesse, der berechneten Zinsen und Spesen durch Ausgleichungsposten in seinem Haben (contrepassation d'ecriture) belastet und alles ist, — wenn beide Theile solvent bleiben! — in schönster Ordnung.

Sowie aber der eine oder der andere Theil insolvent wird, ergeben sich Anstände über Anstände! Hat der Insolvente einen Passivsaldo und ist er es, von dem die unbezahlte Tratte remittirt worden, so wird seine Masse, gestützt auf den C. Ct. des andern Theils, den Betrag der Tratte von ihrer Schuldigkeit abziehen wollen. Hat er die Tratte empfangen und ist der andere Theil Saldoschuldner, so wird dieser die nämliche Reclamation erheben und jeder wird sich dabei auf den Satz stützen, daß durch die Insolvenzerklärung der C. Ct. seinen Abschluß erlangt, und von einer Rückgutschrift der unbezahlt gebliebenen Rimesse an den Abgeber mit deren, bereits dem Empfänger zur Last gesetzten, Betrag die Rede nicht mehr sein könne[11]).

---

11) Früher hat man die Frage zu Gunsten der Remittenten (als Schuldners) auch mittelst der Behauptung entscheiden wollen, daß die Buchung

Digitized by Google

Zur Lösung der Frage hat man aber vor Allem zu erwägen, daß, wie bereits bemerkt, eine Rechnung, und noch weniger die zum Zweck der Stellung einer solchen beliebte Aneinanderreihung ihres Materials, (in unserem Falle die Operation des das Contocurrentbuch führenden Comptoiristen), keine Rechtsverhältnisse begründen, sondern nur das durch die Thatsachen bereits begründete Rechtsverhältniß in seinen Resultaten darstellen soll. An die Rechnung muß das Rechtsverhältniß als Probe angelegt werden können, sonst ist sie falsch. Im vorliegenden Falle regulirt also der Contocurrentvertrag, der die Normen für die Contocurrentstellung in sich trägt, welche also falsch ist, wenn sie jenen Normen nicht entspricht. Dieser Vertrag besagt aber, daß keine endgültige Be- und Entlastung stattfinden soll, bevor der Contocurrentschluß erfolgt und der definitive Saldo ermittelt ist. Dieser Saldo selbst ist eine Folge des Contocurrentvertrags, nicht der Contocurrentstellung, in Folge jenes Vertrags wird er geschuldet und zwar ex tunc. Was der eine Contrahent dem andern jemals aus dem Contocurrentverhältniß schuldete, ist ein Bestandtheil, ein Faktor des Saldo's. Nun ist aber der Regreß-Anspruch, wegen jeder unbezahlt gebliebenen Tratte, deren Betrag in den Contocurrentnexus getreten ist, selber nichts anders als eine aus dem Contocurrentverhältniß fließende Forderung, eine Obligation causa data, causa non secuta, welche

der Rimesse im Haben des Remittenten stets einen Eigenthumsübergang mit sich bringe, d. h. man hat die Existenz der oben erwähnten Klausel „vorbehaltlich richtigen Eingangs" und „*sauf encaissement*" als stillschweigende Bedingung in Abrede gestellt, den Satz, daß Anweisung keine Zahlung, also umstürzen wollen. Von dieser Ansicht ist man mit Recht zurückgekommen. S. Urtheil des pariser Cassationshofs bei *Sirey* 1852. 1. 609 u. 258, wo derselbe von der lange gegen die Ansicht der besten Schriftsteller und der meisten Appellhöfe festgehaltenen gegentheiligen Ansicht endlich zurückgekommen ist. Nach der originellen Auffassung Thöls (Handelsrecht 3. Aufl. §. 126 u. 127) vom Unterschied zwischen Anweisung und Wechsel, den er blos (§. 127) in der Wechselstrenge findet, die uns hier nichts angeht, muß, was von der Anweisung auf unsere Frage bezügliches gesagt ist, auch vom Wechsel gelten.

Digitized by Google

mit der Remittirung entstanden ist, also vor der Insolvenzerklärung. Die Saldoberechnung, welche den Betrag dieser Regreßforderung nicht als Bestandtheil in sich schließt, ist also falsch und jede Contocurrentstellung vor dem Moment, wo man mit Bestimmtheit weiß, daß alle darin figurirende von dritten zahlbaren Valuten auch honorirt worden, ist mangelhaft. Object des Contocurrentvertrags ist der Complex aller in Folge davon eingegangenen Verbindlichkeiten, also auch die von der eben die Rede ist; sie ist anzusehen als sei sie bei Abschluß des C. Ct.-Vertrags entstanden, die schriftliche Uebersicht in den Büchern möge aussehen wie sie wolle; der Betrag der nicht honorirten Valuta tritt in das Debet desjenigen, der sie begaben; er hat damit nicht compensiren können, weil noch kein definitiver Contocurrentschluß vorhanden, der Moment noch nicht eingetreten war, wo überhaupt von Compensationen die Rede sein kann, weil mit einem Worte kein einzelner Schuldposten mit einem oder mehreren einzelnen Schuldposten compensirt werden **darf**, sondern blos die Summe aller in Folge des Contocurrentvertrags entstandenen Verbindlichkeiten des einen Contrahenten mit der Summe aller Gegenverbindlichkeiten compensirt werden muß[12]).

Wenn man also die Controverse mit dem Argument zu beseitigen versucht, daß alle im C. Ct. gemachten Wechselrimessen blos unter stillschweigenden Vorbehalt des richtigen Eingangs verrechnet wurden, so hat man zwar nichts unrichtiges gesagt, aber einestheils mehr als nöthig, weil man zur Aufklärung des zu bekämpfenden Irrthums keines Zurückgehens auf den Inhalt der stattgefundenen Verabredungen und Vorbehalte bedarf, anderntheils erschöpft man damit nicht die ganze Wahrheit. Jene

---

12) Darnach ist auch die Ansicht des sonst so scharf blickenden Thöl (Handelsrecht 3. Aufl.) S. 442 zu berichtigen, als sei der Saldo das Resultat einer Reihe von Compensationen. Das ist er nicht. Er ist nichts anders, als die Differenz der Summen zweier Reihen von Geldverpflichtungen, also das Resultat einer einzigen Compensation.

Digitized by Google

stillschweigende Bedingung existirt allerdings, aber nicht als Clausel bei der Gutschrift oder Belastung mit dem Betrag der übersendeten Valuta, sondern als Ergebniß des Contocurrentvertrags. Der Zweck desselben ist Erleichterung des Geldumsatzes, der Gelderhebung, Verausgabung, Flüssigmachung. Was in Folge davon geschieht, ist an sich keine Bezahlung, kein Darleihen, keine Cession, kein Eigenthumsübertrag und wird nicht als solcher betrachtet. Valuten die zur Einkassirung übersendet werden, werden daher auch stets ohne vorhergehende Prüfung ihrer Güte in den Contocurrent aufgenommen; eine solche Prüfung würde sogar in den meisten Fällen dem Zwecke des C. Cts. zuwiderlaufen, weil damit die nöthige Schnelligkeit der Operationen gestört würde (Noblet a. a. O. Nr. 95). Wenn also der Empfänger der Valuta deren Betrag nicht erheben konnte, so war er von Anfang an und wird er nie damit in der That belastet sein.

Von den Umständen des einzelnen Falles hängt es ab, ob dennoch eine stillschweigende Uebertragung des Eigenthums an dem remittirten Papier anzunehmen ist, der Regreß gegen den Geber der Rimesse also wieder stattfindet, wie z. B. wenn dasselbe mit einem Nachlaß, welcher nicht unter den Gesichtspunkt des ordentlichen Geschäfts- und Capitalgewinns des Banquiers (einer Provision, Zinsvergütung u. dgl.) fällt, negociirt worden, wenn also eine Verabredung des Uebergangs der Gefahr auf den Cessionar zu unterstellen ist, was alles nicht zu unserem Gegenstande gehört.

Die Frage hat sich in der Praxis schon unter den verschiedensten Schattirungen gezeigt, der rechtliche Kern war aber immer der nämliche. Der Grundsatz steht namentlich auch dann fest, wenn beide Theile, Correspondent und Banquier, zahlungsunfähig werden. (S. über diesen, der Natur der Sache nach nicht seltenen Fall, eine interessante Entscheidung des pariser Cassationshofs Sirey 52. 1. 609).

2) Darnach läßt sich auch ferner die Frage entscheiden: ob die Acceptation von Wechseln, die in Folge der eintretenden In-

Digitized by Google

solvenz des Acceptanten nicht bezahlt werden, deren Betrag aber dem zahlungsunfähigen Acceptanten gutgeschrieben worden waren, die Concursmasse des Acceptanten zur Compensation mit den Ansprüchen des Ziehers berechtige? Die Antwort kann nur eine verneinende sein. Die Gutschrift wegen einer solchen Acceptation vor der Einlösung hat keine größere Bedeutung als, wie im ersten Falle, die Gutschrift wegen der zur Einkassirung übersendeten aber noch nicht eingelösten Tratte. Eine Compensation ist hier wie da nicht möglich, da im C. Ct. keine Compensation der einzelnen Artikel, sondern blos der Resultate aller von beiden Seiten eingegangenen Schuldverbindlichkeiten möglich ist[13]).

---

13) Einigermaßen anders wird sich das folgende Verhältniß auffassen lassen: A. remittirt dem Banquier B. eine Reihe von acceptirten Tratten als Deckung, um daraufhin nach Bedürfniß auf B. Wechsel ziehen zu können. Bevor er dies jedoch bis zum vollen Betrag der Deckung gethan, geräth B. in Fallimentszustand. Seine Masse erhebt den größten Theil der von A. übermachten Valuten, ein Theil davon aber bleibt unbezahlt. Da A. nunmehr Gläubiger der Concursmasse des B. ist, anderntheils aber diese Masse gegen A. Regreßansprüche wegen mangelnder Zahlung erheben wird, so fragt es sich, ob A. mit seinem Aktivsaldo gegen diese Regreßansprüche wird compensiren können. Wir glauben, daß dies nicht der Fall sein wird. Der Banquier war nicht bloser Gelderheber, sondern er hatte gegen den Empfang der Tratten bestimmte durch den Contocurrentvertrag vorgezeichnete Bedingungen zu erfüllen; hat er dies in Folge seines Falliments nicht gethan, so hat A. einen Anspruch an seine Masse, der durch Bezahlung der Massedividende getilgt wird, seine Regreßpflicht ist davon getrennt. Will er sich derselben entziehen, so liegt darin am Ende nichts anderes, als eine Vindication der an B. remittirten und unbezahlt gebliebenen Valuten und es dürfte keine Concursgesetzgebung existiren, welche eine solche Vindication gestattet. Man sieht hieraus, daß die Klausel „vorbehaltlich richtigen Eingangs" auf keinen Fall bei den dem Banquier zur Deckung für Vorschüsse gemachte Anschaffungen sich von selbst versteht, wie man oft behauptet. Die neuere französische Fallitordnung hat im Art. 574. jeden Zweifel beseitigt, indem sie eine solche Vindication blos gestattet, wenn der fallit gewordene Empfänger mit den Rimessen weiter nichts zu thun hatte, als sie einzukassiren und den Betrag zur Verfügung des Einsenders aufzubewahren.

Digitized by Google

II. Die Frage über den Umfang der für einen eröffneten Kredit bestellten Sicherheiten. Die Bedeutung dieser Frage für das praktische Leben ist klar. Die Beantwortung derselben ist sehr einfach bei den gewöhnlichen Sicherheitsbestellungen durch Bürgschaft, Faustpfand (Versatz), Depositum. Sie ist aber ernsten Schwierigkeiten bei der Sicherheitsbestellung durch Hypotheken begegnet.

Die neueren Hypothekenordnungen verlangen, daß der Pfandvertrag oder mindestens der Akt der Hypothekenbestellung in authentischer Form geschehe. Jede von dem Hypothekenschuldner geleistete Zahlung bringt ferner eine Befreiung des Unterpfands und eine Besserung des Rangs des nachfolgenden Hypothekengläubigers zu Wege. Damit wäre die Bestellnng einer Hypothek für einen eröffneten Kredit, wie ihn der Kaufmann braucht, zu Gunsten des Vorschüsse leistenden Banquiers, wenn nicht zur Unmöglichkeit, doch jedenfalls zu etwas für die Bedürfnisse des Verkehrs ganz Unzulänglichem und Ungenügendem geworden. Bestelle ich mein Haus einem Banquier für dessen Creditertheilung als Unterpfand, so würde dieses Unterpfand, als Accessorium, mit dem Principale, meiner Schuldigkeit, aufhören, so wie ich ihm die ersten giebig gewordenen Anschaffungen eingesendet; jeder spätere Vorschuß würde eine neue authentische Urkunde, einen neuen Pfandvertrag, einen neuen Eintrag in die Unterpfandsbücher, eine neue Prüfung des dadurch dem Gläubiger gesicherten Ranges erfordern; die dem Banquier gemachte Anschaffung, statt den zwischen uns stattfindenden Verkehr zu beleben, würde ihn nur ertödten. Ich würde ihn nicht decken dürfen ohne mir entweder das Recht zu nehmen, über die Deckung zu verfügen oder das Unterpfand zu vernichten; der Banquier wäre aus meinem Banquier mein einfacher Hypothekargläubiger geworden. Die Unmöglichkeit der s. g. Kredithypothek ist darum auch schon vielfach behauptet worden von Gerichten und Autoren und namentlich von keiner geringerer Autorität als dem königlichen Cassationshofe in Berlin!

Die Sache gewinnt aber ein ganz anderes Ansehen, wenn

Digitized by Google

man die richtigen Gesichtspunkte festhält. Darnach steht es fest: daß den einzelnen Kredit= (richtiger Contocurrent=)Geschäften ein primitiver Vertrag vorhergeht, dessen Object die abzuschließenden Geschäfte in ihrer Gesammtheit, als Geschäftseinheit betrachtet, sind, daß die Sicherheit für die diese Geschäftseinheit componirenden Geldverbindlichkeiten, die als eine einzige Geldverbindlichkeiten erscheinen, bestellt wird, daß die Kredithypothek wie jede andere ganz für diese ganze Verbindlichkeit und ganz für jeden Theil derselben haftet, daß das Resultat aller in Gemäsheit dieses Vertrags abzuschließenden Geschäfte in ihrem Complex, erst die Größe der eingegangenen Verbindlichkeit reguliren, daß vor Feststellung des definitiven Rechnungsergebnisses keine Zahlung auf einen bestimmten Schuldposten, keine Imputation stattfindet, daß also die Verpflichtung des Correspondenten und Hypothekarschuldners niemals aufgehört hat, so lange als das Contocurrentverhältniß dauert, selbst wenn er in der Zwischenzeit an mehr den Hypothekargläubiger zu fordern haben sollte, als dieser an ihn, daß während dieser Zeit von einer Compensation so wenig, wie von Imputation der Zahlung die Rede sein kann, daß also mit einem Worte die Hypothek fortbesteht, sowohl weil sie für keine einzelne Verbindlichkeit constituirt, als weil keine einzelne Verbindlichkeit getilgt worden ist. Erst wenn es sich bei Abschluß des Contocurrents zeigt, daß der Hypothekenbesteller nichts schuldig ist, fällt die Hypothek selber weg und zwar ex tunc, sowie umgekehrt, wenn ein Saldo zu seinen Lasten sich ergibt, die Hypothek auch ex tunc, vom Augenblick ihrer Perfektion an, wie es die Gesetzgebung feststellt, besteht. Keine zeitgemäße Hypothekenordnung kann aber die Verunterpfändung eines Grundstücks für eine künftige oder gar eine erst später zu liquidirende Forderung untersagen.

Die Begründung unserer Ansicht ist in obiger Feststellung des Wesens der Sache enthalten.

Bei allen anderen nicht hypothekarischen Sicherheitsleistungen für die Zahlung des Schlußsaldo's fallen die wesentlichsten Bedenken gegen die Rechtsbeständigkeit der Contocurrenthypotheken

Digitized by Google

von selber weg, so ergiebig die Casuistik auch auf diesem Felde sein mag. Daß eine Bürgschaft, ein Faustpfand u. dgl.[14]) für den Saldo bestellt, bindend und wirksam, hat man allerdings ernstlich nie bezweifelt. Um so mehr muß man sich wundern, wenn auf jede mögliche Weise daran gemäckelt und z. B. bezweifelt wird, ob jene Sicherheiten auch für Zinsen haften. Die Sicherheiten haften bis zu demjenigen Betrag der Forderung des Saldogläubigers für welchen sie ertheilt sind, einerlei wie derselbe sich componire. Ebenso ist es eitel Subtilität, wenn man für die Wirksamkeit der Sicherheiten in dem Falle, wenn der Schuldner schon früher im Contocurrentverhältniß mit dem Banquier gestanden, ein Specialconto verlangt. So kann auch das keine Frage sein, daß die für einen limitirten Kredit ertheilte Sicherheit bis zum Abschluß des C. Cts. Wirksamkeit behält und der Bürge nicht etwa aus den Imputationsregeln des gemeinen Rechts seine Entlastung deduciren darf, so lange noch irgend ein Posten im Debet des Schuldners figurirt. Es bedarf keiner Ausführung, daß besondere Verabredungen im entgegengesetzten Sinne statthaft und wirksam sind[15]).

Andrerseits bleibt die Sicherheit, wenn sie ausdrücklich blos für bestimmte Posten des C. Cts., z. B. als Deckung für bestimmte auf den Kreditertheiler gezogenen Tratten bestellt worden

---

14) Eine sehr gediegene Begründung der Ansicht, daß solche Sicherheitsbestellungen gültig, findet man in einem Gutachten des ehemaligen Präsidenten der französischen Constituante *Senard* in Serey's Recueil Bd. 50. 2. 138. Es ist dies überhaupt das Beste, was wir über unsern Gegenstand gele en.

15) Eine solche besondere Verabredung liegt z. B. in der Stipulation, daß die Sicherheit nur für diejenigen Beträge gelte, welcher der Correspondent zu einer bestimmten Zeitepoche schuldig sein werde. Wenn nun zu dieser Epoche kein Contocurrentschluß erfolgt, sondern die Geschäfte fortgesetzt werden, so übt dies doch auf die Entlastung des Bestellers der Sicherheit keinen Einfluß. Dessen Verbindlichkeit zu bemessen, muß an bestimmten Terminen der Saldo berechnet werden, wenn auch sonst kein Contocurrentschluß erfolgt. So ist nach unserer Ansicht einfach die Controverse zu entscheiden, mit der sich *Devilleneure* (S. Sirey 52 1. 408) viel zu schaffen macht.

Digitized by Google

ist, auf diese Tratten beschränkt, und es ist Sache der Wechselrechtswissenschaft zu untersuchen, ob etwa nach Art. 10. und Analogie des Art. 27. der deutschen W. O. der dritte Inhaber dieser Tratten im Falle des Concurses des Ziehers oder des Bezogenen ein Vorzugsrecht an dem dafür als Deckung gegebenen Object beanspruchen kann. Die Frage ist von bedeutender Tragweite. Sie schließt, da die Sicherheiten auch in Hypotheken bestehen können, möglicher Weise die Lösung des Problems der Mobiliarisirung des Bodencredits auf juristischem Wege in sich. Auch abgesehen hiervon bietet sie sich vielfach unter praktisch bedeutenden Gesichtspunkten dar, die sehr ausführlich in einem nach verschiedenen Seiten sehr interessanten Rechtsfall in Sirey's Recueil Bd. 47. 2. 65 besprochen sind. Hier haben wir nur zu bemerken, daß auf keinen Fall die Sicherheiten auf solche Cessionare und Indossatare übergeht, denen die Credittheiler blos einzelne Posten übertragen hat, für welche die Sicherheit nicht speciell bestellt ist, da dieselbe lediglich sich auf das Endresultat aller Operationen, den Schlußsaldo, bezieht.

III. Aus dem Wesen des Contocurrentverhältnisses ergibt sich, daß vor definitivem Abschlusse des Contocurrents keinerlei Zahlung eines einzelnen Postens begehrt werden darf. Es bedarf dies hier keiner weitern Ausführung; aber es ergibt sich daraus die wichtige Folge, daß vor dem Abschlusse des C. Cts. keinerlei Verjährung, für die einzelnen, denselben als seine Elemente bildenden, Forderungen möglich ist, da actio nondum nata und also der Lauf der Verjährung noch nicht begonnen war.

IV. Zum Schlusse noch ein Wort über die Frage: welche Zinsberechnungsmethode ist im C. Ct. die richtige? Ist es die s. g. Colonnenrechnung, wo im Soll und im Haben die Zinsen, die jeder einzelne Posten trägt in einer Separatcolonne eingestellt und sodann am Schluß die Zinsen beiderseits im Gesammtbetrage verglichen und ein besonderer Zinsensaldo (auch Zahlensaldo, weil zur Vereinfachung der Berechnung statt der Zinsbeträge selbst die Zahlen eingestellt werden, die man in Folge gewisser Rechnungsvortheile durch Multiplication der Tage,

Digitized by Google

während welcher die Zinsen laufen, mit 72000 und andern Zahlen je nach dem Zinsfuß gefunden, hergestellt wird? Oder ist es die gewöhnliche Staffelrechnung? Die Resultate sind nicht immer die nämlichen, also muß die eine von beiden Berechnungsarten die richtige, und die andere die falsche sein. Die Differenzen in den Rechnungsergebnissen haben ihren Grund darin:

1) daß bei der Staffelrechnung jede Zahlung zuerst auf Zinsen und Accessorien und sodann erst auf das Kapital imputirt wird, wovon die Folge ist, daß diejenigen Beträge, welche zur Tilgung der fällig gewordenen Zinsen imputirt worden sind, vom Tage der Zahlung an aufhören, Zinsen zu tragen, während bei der Colonnenrechnung der bezahlte Betrag einfach in die Kreditcolonne des Zahlenden eingestellt und ihm davon bis zum Abrechnungstage Zinsen vergütet werden. Diese Differenz tritt bei jeder Art der Zinsenberechnung ein.

2) Bei ungleichem Zinsfuß (wenn die Vorschüsse des Correspondenten niedriger verzinst werden, als die des Banquiers) wird noch außerdem dadurch eine Differenz entstehen, daß, wenn im Laufe der Rechnungsperiode der Correspondent dem Banquier mehr Anschaffung gemacht hat, als er ihm schuldig, wenn er also momentan Gläubiger des Banquiers war, bei der Colonnenrechnung dieser Umstand leicht übersehen werden und dem Correspondenten, also die höheren Zinsen, mithin eine Kleinigkeit zu viel, vergütet werden können. (S. hierüber Schiebe's Contorwissenschaft §. 86 und 87).

Ad 1) Auf den ersten Blick scheint hier die Staffelrechnung die exaktere zu sein. Sie wäre es auch in der That, wenn statt einen Contocurrent- ein gewöhnliches Rechnungsverhältniß vorläge, wo die gemeinrechtlichen Imputationsregeln in Anwendung kommen. Weil das aber im Contocurrentverhältniß der Fall eben nicht ist, ist auch das durch die Colonnenrechnung festgestellte Resultat die richtige. Durch die Colonnenrechnung hat sich ja überdies auch zum Theil das einschlägige Gewohnheitsrecht entwickelt.

Digitized by Google

Ad 2) Die hier zum Nachtheile des Banquiers sich ergebende Differenz bei der Colonnenrechnung kann im Schlendrian der Comptoirtechnik leicht sich ergeben. Wir vermögen aber nicht abzusehen wie Schiebe (a. a. O.) deshalb die Colonnenrechnung bei ungleichem Zinsfuß ganz verwerfen und in Abrede zu stellen vermag, daß hier durch umsichtige Reduktionen und Rückgutschriften eine richtige Ausgleichung zu bewirken ist.

Bemerkung. In obiger Abhandlung ist unter dem Worte Zahlung nicht immer die Beendigungsart der Obligationen (soluta) zu verstehen, sondern meistens nur die Thatsache des hingegebenen Geldes, (französisch venement).

Digitized by Google

III.

Ueber den Anfangspunkt der Klagenverjährung.

Von

Herrn **Dr. T. Brackenhoeft**, Prof. in Heidelberg.

Einleitender Rechtsfall.

Eine fiscalische Behörde hatte zum Zwecke einer von ihr übernommenen Testamentsvollstreckung eine Verlassenschaft eingezogen, und war während der Dauer der Zeit der Klagenverjährung, wenn nämlich diese von der Zeit jener Einziehung an gerechnet wurde, nicht wegen der Auslieferung in Anspruch genommen worden. Sie wurde später deshalb mit der depositi actio belangt, berief sich dagegen auf die Verjährung, und es wurde ihr der Beweis ihres guten Glaubens auferlegt, der für geführt erachtet wurde, als sie nachgewiesen, daß in ihren Acten die Auslieferung als geschehen sich verzeichnet gefunden. Vom Standpunkte dieser Entscheidung aus wird neben der Nativität der Klage auch die bona fides ein den Eintritt der Klagenverjährungszeit bestimmendes Moment. Beide werden hier berücksichtigt.

§. 1.

Die Klagenverjährung setzt das Schweigen des Berechtigten während der Dauer der Verjährungszeit, einem pactum de non

Digitized by Google

pelendo und einer justa causa für das Erlangen einer Liberation gleich. Denn ihre Wirkung besteht in einer Hinderung der Wirksamkeit eines auf eine bestehende Berechtigung gegründeten Forderns. So die Sache gefaßt, umgeht man die hier gleichgültige Frage, ob nur die Klage, oder auch die Berechtigung, durch die Verjährung untergehe. Wird neben dem Zeitablaufe noch bona fides des Verpflichteten gefordert, so besteht diese in dem Mangel eines Wissens der rechtlichen Willkührlichkeit oder Freiwilligkeit jenes Schweigens, also in einer irrigen Unkunde der Wirklichkeit der Berechtigung zu fordern. Existirt gar keine Berechtigung, so ist die Unkunde der Mangel einer Kunde von nichts; also weder Unkunde noch eine mit einem Inhalte bekleidete Kunde. Jene Unkunde von der Freiwilligkeit des Schweigens fällt zusammen mit dem irrigen Glauben einer rechtlichen Nothwendigkeit desselben; sie schließt in sich den Glauben der Rechtlichkeit eines gegebenen Zustandes, der geeignet ist zu einer causa für einen Erwerb oder für eine Liberation, und das Wesen der bona fides bildet [1]). Ist solche causa ein Rechtsgeschäft mit einem Auctor, und nicht eine einseitige Thätigkeit des Erwerbenden, so ist die bona fides der Mangel eines Wissens der Unverbindlichkeit dieses Geschäfts. Diese spezielle Richtung der bona fides verdient hier zunächst in's Auge gefaßt zu werden; sei es nun, daß der Mangel dieses Wissens für die Unverbindlichkeit des Geschäfts gleichgültig ist, weil die bona fides sie nicht zu beseitigen vermag [2]), oder daß er die Unverbindlichkeit,

---

1) Negation des dolus: Stintzing, das Wesen von bona f. und tit. S. 59 f., ist die b. f. nur dann, wenn die causa, auf welche sie sich bezieht, die eigne einseitige Thätigkeit des Gutgläubigen ist, wie seine Besitzhandlungen: vgl. L. 7. §. 11—14. D. de Publ. in rem act. 6, 2. Aber sie entzieht dem dolus den Raum, und Negation des Bewußtseins eines precairen Zustandes ist sie immer.

2) Nämlich wenn sie in der Subjectivität desjenigen, der sich als Auctor dargestellt, ihren Grund hat, in welchem Falle die bona fides ihn nicht zu obligiren, aber dennoch: L. 2. §. 15. 16. D. pro emtore 41, 4, u. and., den Geschäftsschluß mit ihm zum Usucapionsgrunde zu gestalten vermag.

Digitized by Google

vermöge eines heilenden Einflusses beseitigt. Letzteres ist der Fall in Ansehung derjenigen Unverbindlichkeit, die nicht aus einem Mangel subjectiver Befähigung, sondern aus dem Mangel der Befugniß des Veräußernden zur Disposition über den Stoff, der Gegenstand des Erwerbes werden soll, auf den Grund der Berechtigung eines Dritten, entspringt. In diesem Falle die mala fides als eine Verletzung gegen einen dritten Berechtigten aufzufassen [3]), ist nicht allein ohne Grund, sondern es wird für die Frage: ob das Geschäft sich zum Grunde eines Erwerbes jenes Stoffen eigne? dadurch auch der richtige Gesichtspunkt verfehlt. Denn man kann dadurch, daß man sich der Möglichkeit preisgibt, einen beabsichtigten Erwerb durch das Geltendmachen der Berechtigung eines Dritten vereitelt zu sehen, keine Verletzung gegen diesen Dritten begehen, sondern nur die Mangelhaftigkeit des eignen Erwerbzustandes begründen. Allein die mala fides in Ansehung jener Befugniß ist ein Umstand, welcher das Obligirtwerden des Auctors mittelst eines aufhebenden Einflusses ausschließt, mag er nun den Mangel jener Befugniß kennen [4]), oder nicht [5]). Und obgleich das obligatorische Ver-

3) Die Folgerung: der Dieb kann nicht usucapiren, und weil mala fides superveniens nicht zum Diebe macht, so kann sie die Usucapion nicht hindern: Stintzing a. a. O. S. 14 ff. S. 35., schließt den Gedanken in sich, daß der mala fide gemachte Erwerb dem Diebstale verwandt sei. Allein daraus, daß der Dieb nicht usucapiren kann, folgt nicht, daß jeder Nichtdieb usucapiren könne. Wäre letzteres der Fall, so würde alles, dessen Besitz und Benutzung der Eigenthümer freiwillig entbehrt, da es nicht Gegenstand einer Contrectation sein kann, von jedem malae fidei possessor usucapirt werden können. Die Unschädlichkeit der mala fides superveniens muß demnach darauf beruhen, daß sie ohne Einfluß auf den Grund des Erwerbes ist; eben so wie umgekehrt eine bona fides superveniens, deren Gegensatz durch: scire se bona fide non possidere ausgedrückt erscheint in L. 3. §. 1. D. de usurp. 41, 3.

4) L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. 18, 1. Hier, wo die mala fides des Erwerbbeabsichtigenden vom dolus frei ist, kann indeß der Veräußerer durch eine Stipulation sich zur Haftung wegen der Eviction Dritter verbinden: L. 4. §. 5. D. de doli mali exc. 44. 4; L. 7. C. comm. utriusq. jud. 3, 38; L. 27. C. de evict. 8, 45.

5) L. 34. §. 3. D. cit. L. 70. D. eod.

Digitized by Google

hältniß die zweifache Funktion übt, eine Forderung zu erzeugen und eine causa für einen Rechtserwerb in Ansehung des Stoffes der obligationsmäßigen Handlung zu begründen [6]), und daher die Möglichkeit offen läßt, im Falle der Untauglichkeit für die erstere noch für die zweite zu genügen, so ist diese Möglichkeit hier doch deshalb ausgeschlossen, weil der Grund der Untauglichkeit eben in dem Zustande des erwerbbeabsichtigenden Theils seinen Grund hat. Ist nun die bona fides auch für die Klagenverjährung Erforderniß, so muß auch die mala fides eine Untauglichkeit des Zustandes des Obligirten für deren Begründung hervorrufen, und es erscheint daher die Funktion der fides in der Usucapion als ein geeigneter Anhaltspunkt für die Beurtheilung ihrer Funktion in der Klagenverjährung und die davon abhängende Beweispflicht in Ansehung der fides selber.

§. 2.

Sondert man jene causa für den Rechtserwerb ab von der Forderung, so bleibt für sie nichts weiter vom obligatorischen Verhältnisse übrig, als eine Qualität der Rechtlichkeit des Stofferwerbes, und wenn außer derselben noch eine bona fides des Erwerbers gefordert wird, so muß ohne sie diese Rechtlichkeit unvollkommen sein. Jene Qualität findet sich als der titulus bezeichnet [7]) und wenn der Erwerb durch eine possessio seine

6) M. Auff. im Arch. f. civ. Prax. XXXIV. S. 46. not. 2. und in der Zeitschr. f. Civilr. und Proz. N. F. IX. S. 139. 149.

7) L. 46. D. de usurpat. et usuc. 41, 3. L. 69. D. de fidejuss. 46, 1. L. un. C. de usucap. transf. 7, 31. L. 24. C. de rei vind. 3, 32. L. 6. C. de ingen. manumiss. 7, 14. L. 8. pr. C. de praescr. XXX. 7, 39. L. 11. C de her. pet. 3, 31. „Einen Rechtsact, der an sich geeignet ist das Eigenthum zu übertragen": Stintzing a. a. O. S. 47: kann man demnach unter dem titulus nicht verstehen. Es führt dieses Verständniß zu der Idee, daß bei der pro herede usucapio und den usureceptiones der Titel gefehlt und also keiner erforderlich gewesen: ebend. S. 11 ff. Ein Erwerbmittel ist aber allerdings das den titulus bildende Rechtsgeschäft: Zeitschr. für Civilr. und Proz. a. a. O. IX. S. 132. 140.

Digitized by Google

Ausführung finden soll, so muß die Funktion der bona fides die sein, jenen titulus zu einer justa adquirendi et possidendi causa zu gestalten[8]). Denn eine Tradition ohne titulus gewährt zwar eine gegen eigenmächtige Eingriffe geschützte, aber keine gegen auf den Mangel der causa gestützte Restitutionsansprüche retinirbare possessio[9]), und aus diesem Grunde keine usuca-

---

152 ff. 159; und der Abschluß der emtio besteht schon aus einer aneignenden Thätigkeit (so in der Mancipationsformel: **hunc ego hominem ex jure Quir.** ***meum*** **esse** ***ajo*****, isque mihi** ***emptus est*****:** ***Gaj.*** **J. I. 119**); woraus sich der Uebergang des **periculum et commodum** mit dem Abschlusse, und das Erforderniß der **bona fides** bei demselben erklärt, obgleich es auch bei der Tradition **ex causa emtionis** nicht erlassen ist: **L. 7. §. 11. 17. D. de Public. in rem act. 6, 2. L. 2. pr. D. pro emtore 41, 4**; und es sich ebenfalls erklärt, daß bei letzterer nur **traditio justa causa** gefordert wird: **L. 1. pr. D. eod** Erst wo die Idee der Aneignung aus dem Kaufgeschäfte scheidet, beschränkt jenes Erforderniß sich auf die Tradition. So nach der Lehre der Sabinianer: **L. 10. pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3.** Wäre die Beschränkung der Haftung des Verkäufers auf **habere licere** der Grund des Erfordernisses der **bona fides** beim Kaufschlusse: Stintzing a. a. O. S. 113 ff., wo auch andere Mein. genannt sind; so müßte sie ein den Vertrag umdenkender Rechtsirrthum sein.

8) Es wird also erst durch die **bona fides** der **titulus** einer **justa causa** gleich. **Justa ex causa**, und: **titulo et bona fide possidere**, sind aequipollent: **L. 1. §. 1. D. pro suo 41, 10. L. 8. pr. C. de praesc. XXX. ann. 7, 39.** Der **titulus** ist ein **possessionis titulus**: Hugo, civ. Mag. IV, S. 145; aber allerdings auch eine **causa** und eine **justa**, so lange die **mala fides** von ihm entfernt oder deshalb unwirksam ist, weil der Mangel nicht existirt auf dessen Annahme sie beruht, oder der Bösgläubige **plus in re est, quam in existimatione**: **L. 9. §. 4. D. de juris et facti ignor. 72, 6.** Ein Unterschied zwischen **causa** und **titulus** tritt daher erst dann hervor, wenn es sich um ein Entfernen der **mala fides** durch die **bona fides** handelt.

9) Keine nur in Folge einer Vindication, sondern eine unmittelbar mit der **condictio** abforderbare **possessio**; keine **civilis possessio**; oder, im civilen Sinne, keine **possessio**: **L. 22. D. de A. v. A. P. 41, 2.** „**Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit**". Vgl. meinen Auff. in Roßhirt's Zeitschr. f. Civ. u. Crim. R. IV. S. 51 ff.

Digitized by Google

piendi conditio[10]); aber mit dem titulus diese conditio dann, wenn die retinirbare possessio bona fide erlangt ist[11]). Diese Function der bona fides als Factor einer justa causa ist der Gesichtspunkt, der über die Pflicht des Beweises entscheidet. Wer sich auf Usucapion beruft, befindet sich in der Lage jene justa causa, wenn sie geläugnet wird, als Erforderniß der Usucapion beweisen zu müssen. Da indeß der titulus, beziehungsweise das Rechtsgeschäft dem er entspringt, den Zustand der Unrechtlichkeit auf so lange ausschließt, als nicht Umstände vorliegen, welche einen Schluß auf dieselbe begründen, so wird der Beweis des zum titulus geeigneten Geschäfts ein ausreichender Beweisgrund für die justa causa, die die bona fides in sich schließt[12]), bis Umstände der gedachten Art vom Gegner des Usucapienten erwiesen werden. Es gestaltet sich demnach auch ein besonderer Beweis der fides, indem vermöge der Trennung der Existenz der bona fides von der justa causa, die solche Umstände bewirken, die fides Gegenstand einer besondern Beweisführung wird, die dem Gegner des Usucapienten als Beweis der mala fides zur Last fällt[13]).

---

10) Daß die possessio absque titulo, wenn sie durch longi temporis praescriptio retinirbar geworden, mittelst der bona fides der usucapiendi conditio gleich wirkt, ist nicht allein erst späteres Recht: Justin. l. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. 7, 39; sondern tritt auch erst ein, wo für die usucapiendi conditio kein Raum mehr bleibt, weil der Rechtserwerb vollendet ist.

11) Civilis possessio bedingt die usucapiendi conditio, genügt aber zu derselben nicht: mein angef. Auff. in Roßhirt's Zeitschr. IV. S. 89 f. Der malae fidei emtor bekommt possessio pro emtore, aber usucapirt nicht: L. 2. §. 1. D. pro emt. 41, 4.

12) Von einer auf dem Titel „beruhenden“ bona fides: Stintzing a. a. O. S. 12. 57 ff., kann demnach überall keine Rede sein, so lange der Gegenstand der fides das Geschäft mit dem Auctor, und nicht die possessio ist.

13) Nämlich als Beweis des Grundes der prägnanten Negation der justa causa, einer s. g. verneinenden Einrede: mein Auff. im Arch. für civ. Praxis XXXV. S. 159 ff. Daß das Befreitsein des Usucapienten vom Beweise der bona fides sich darauf gründe, daß deren Behaupten ein Läugnen sei, also ein Läugnen des Wissens

Digitized by Google

§. 3.

Insofern diese mala fides in der Kunde des Mangels jener Befugniß über den Stoff zu disponiren besteht, stellt sie sich mit voller Entschiedenheit als ein Element dar, welches dem titulus von außen her hinzutritt, und seiner Grundlage, dem Geschäfte, vollkommen fremd ist. Die bona fides, welche ihr gegenübersteht, kann daher nie auf dem Titel beruhen[14]) oder in ihm ihren Sitz haben, sondern nur seine rechtliche Wirksamkeit vermitteln. Wenn dahingegen jener erstere Fall des Mangels der subjectiven Befähigung des Auctors in Frage steht, das Geschäft also ihm eine Verbindlichkeit überall nicht auferlegen konnte, so muß die fides vollkommen gleichgültig sein, sobald diese Verbindlichkeit und der Titel identisch sind, und ein Titel gefordert wird. Denn es fehlt dann eben der Titel schlechthin, wo ein Einfluß einer bona oder mala fides Raum finden könnte. Es fällt dann die bona fides mit der Existenz eines Titels vollkommen zusammen. Erst dann, wenn Titel und Verbindlichkeit des Auctor[15]) in der Verwirklichung sich von einander scheiden, wird wiederum ein Raum für die Function der bona fides in Ansehung des Titels selber gewonnen, die durch mala fides vernichtet sein kann. Diese Scheidung erfordert indeß eine Einflußlosigkeit dieser Verbindlichkeit in Ansehung des Titels, die nur da bestehen kann, wo die mala fides die Entstehung der Verbindlichkeit nicht zu hindern vermag; sei es nun, weil gar keine Verbindlichkeit entstehen konnte, oder weil die mala fides ein bloßer Irrthum ist. Denn wo die mala fides den

---

(Praesumitur ignorantia ubi scientia non probatur: c. 47. in VI. de R. J.), meint Gesterding: Nachf. V. S. 38 ff., wo auch die Frage: ob die bona fides im Wissen oder Nichtwissen bestehe? erörtert, und letzteres als genügend erklärt wird. Daß Rücksichtnahme auf die Möglichkeit der Existenz fremder Berechtigung keinen Schluß auf mala fides begründet, zeigt L. 30. C. de evict. 8, 45.

14) Oben §. 2. Not. 12.

15) Oben §. 1. Not. 6.

Digitized by Google

Auctor liberirt, da kann für den Bösgläubigen kein Titel aus der von ihm selber vernichteten Verbindlichkeit übrig bleiben[16]), also nur der Gutgläubige einen Titel haben. Wo aber die fides für das Obligirtwerden des Auctor gleichgültig ist[17]), da kann auch der Bösgläubige einen Titel haben, wenn auch die mala fides ihn seiner Wirksamkeit berauben kann. In jenem Falle muß also die bona fides aus der Verbindlichkeit den Titel schaffen, während sie in diesem, sobald nur ein Titel existirt, auch in Ermangelung einer Verbindlichkeit ihm hinzutreten kann. In diesem letztern Fälle ist nun ein Titel wenigstens dann möglich, wenn das Geschäft Kauf ist. Denn Umstände, welche dem Auctor die Fähigkeit sich zu obligiren entziehen, schließen die Usucapion des Käufers nicht aus, wenn er sie nicht kannte[18]); eine Wirkung die sich erklärt, wenn er mittelst des Abschlusses des Kaufes nicht bloß den Verkäufer sich obligirt, sondern bereits in Ansehung der res emta aneignend thätig ist[19]), und damit seine fides bereits eine objective Richtung auf die conditio adquirendi empfängt[20]). Sie schließen aber, jene Unkunde vorausgesetzt, folgeweise wenigstens noch unbedenklicher die Usucapion nicht aus, wenn, wie es namentlich bei der Stipulation der Fall ist[21]), die Richtung der bona fides auf den titulus, durch deren Richtung auf die conditio possidendi verdrängt wird, so daß es genügt, wenn nur auf diese ihr heilender Einfluß sich äußert, indem dann der Titel als gleichgültig betrachtet werden kann. Allein es ist dann auch der Ansicht einer gänzlichen Einflußlosigkeit der bona fides auf die Beseitigung der Mängel des Titels Raum gegeben, die dahin führt, das Dasein

16) Oben §. 1. nach Not. 6.

17) Oben §. 1. Not. 2.

18) L. 13. §. 1. D. de usurp. 41, 3. L. 7. §. 2. 4. 13. de Publ 6, 2. L. 2. §. 15. 16. L. 7. §. 6. L. 14. D. pro emtore 41, 4. L. 109. D. de V. S.

19) Vermöge der affectio emtoris, die auch bei der emtio rei alienae nicht fehlt: L. 2. §. 2. D. pro emtore.

20) Oben §. 2. Not. 8.

21) L. 2. pr. D. pro emt.

Digitized by Google

eines mit der Verbindlichkeit des Auctors identischen Titels, des s. g. verus titulus, im Gegensatz des putativus titulus, zur unerläßlichen Voraussetzung der Usucapion zu constituiren. Die Aussprüche des römischen Rechts neigen bald dieser Ansicht[22]), bald der entgegengesetzten, die den putativus titulus genügen läßt[23]), sich zu. Die Verschiedenheit dieser Ansichten berührt indeß, sobald die Idee einer aneignenden Thätigkeit aus dem Schaffen des Titels entfernt ist[24]), immer nur den Umfang des heilenden Einflusses der bona fides, nicht deren Function als Factor der justa *causa* acquirendi et possidendi, und ihre Bedeutung als deren Sitz. Sie ist dann nie mehr der Factor des Titels, weil ihm vor der Tradition jede Function mangelt, sondern nur eine Ergänzung jener causa, sei es unmittelbar oder durch Ergänzung der Obligation, welche den Titel begründet; wenn auch diese Ergänzung der Obligation sich nicht weiter erstreckt, als auf Herstellung ihrer Geeignetheit zum Titel, sofern die Ergänzung den Mangel subjectiver Befähigung betrifft. Der Dualismus des titulus und der causa ist hier aufgehoben, und der Effect der Herstellung der Geeignetheit der Obligation, der mit dem Effecte des Geschaffenseins eines Titels zusammenfällt, ist nun Anomalie geworden[25]). Der Titel ist nicht mehr causa adquirendi, sondern die Besitz-

22) L. 2. pr. D. eod. L. 1. pr. D. pro don. 41, 6. L. 6. D. pro derel. 41, 7. L. 1. 2. D. pro leg. 41, 8. L. 1. §. 4. D. pro dote 41, 9. §. 11. J. de usucap. 2, 6. L. 27. D. de usurpat.

23) Oben Not. 18. Neuere Juristen stellen den *verus* titulus als Erforderniß der Usucapation als Regel auf. Nachweisungen bei Stintzing a. a. O. S. 88.

24) Wie nach der Ansicht der Sabinianer, die allein auf die bona fides der Traditionszeit sieht: oben §. 2. Not. 7; während Paulus dies nur in Ansehung der übrigen Geschäfte außer dem Kaufe gelten läßt: L. 2. pr. D. pro emtore.

25) So daß als Regel das Erforderniß des verus titulus: oben N. 24; sich darstellt. Es wird auch in Abrede gestellt, daß ein wahrer (?) Widerstreit der Gesetze (?) in Ansehung dieses Punkts bestehe: v. Vangerow Lehrb. d. P. R. §. 319. Anm. u. das. Cit.

Digitized by Google

erlangung auf den Grund einer Obligation die sich zum Titel eignet, ist diese causa. Der Titel tritt nun, mag seine Grundlage durch die bona fides ergänzt sein oder nicht, aus der Stellung einer coordinirten causa adquirendi in die eines Grundes der causa adquirendi et possidendi zurück[26]). Die bona fides ist der Factor dieser causa im Falle einer Unvollkommenheit derselben.

§. 4.

In Beziehung auf die Klagenverjährung muß demnach die bona fides der Factor einer causa der Liberation von der Forderung für den Fall sein, wo ihr deßhalb eine Unvollkommenheit beiwohnt, weil sie keine andere Grundlage hat, als das freiwillige Schweigen des Forderungsberechtigten von einer gewissen Dauer. Der Obligirte, welcher die Freiwilligkeit dieses Schweigens kennt und damit auch die precaire Natur und rechtliche Unvollkommenheit seines thatsächlichen Befreitseins von dem Fordern jenes Berechtigten, ist in mala fide und außer Stande, eine Klagenverjährung zu begründen. Wird dies auf das depositum angewendet, so läuft gegen den Deponenten keine Verjährung, so lange der Depositar das depositum kennt, mag einer Rückforderung ein Widerspruch entgegengesetzt worden sein oder nicht. Die mit dem Untergange dieser Kunde eintretende bona fides wird demnach hier die justa causa für den Erwerb einer Liberation. Sie muß also von dem Verjährenden erwiesen werden, ohne daß ihm ein Titel als Beweisgrund zu Gebote steht. Und da eine bekannte canonische Vorschrift[27]), die ihrer Wortfassung

26) Aber immer neben die bona fides, so daß er zur Geltung eines rechtlichen Grundes derselben: oben §. 2. No. 12; dennoch nicht gelangt. Der Dualismus der Aneignung beim Kaufe: oben Not. 19. §. 2. Not. 8., erscheint als der Grund des Dualismus von titulus und causa.

27) C. 20. X. de praescr. 2, 26; c. 5. X. eod. Noch das röm. R. hat: c. 15. C. 16. q. 3.

Digitized by Google

nach auch auf die Klagenverjährung geht[28]), die ununterbrochene Fortdauer der bona fides während der Verjährungszeit verlangt, so wird auch eine besondere Beweisführung dieser Fortdauer erforderlich, wenn man nicht etwa das thatsächliche Befreitsein von dem Fordern als einen dem titulirten Besitze äquipollenten Erwerbszustand auffaßt. Die letztere Auffassung, welche das einzige Mittel zu sein scheint, jene canonische Vorschrift von dem ihr gemachten Vorwurfe der Absurdität[29]) zu retten, führt dahin, eine Beweisführung des Eingetretenseins der bona fides als genügend, und den Einwurf der Unterbrechung als eine prägnante Negation zu betrachten. Von diesem Standpunkte aus würde die vorgedachte Entscheidung sich dann als gerechtfertigt darstellen, wenn man einen entgegentretenden Umstand außer Augen zu lassen sich entschlösse. Dieser Umstand ist der, daß ein solcher Erwerbszustand einen Act der Ergreifung von Seiten des Verjährenden voraussetzen würde, ein Aequipollens einer usucapio libertatis[30]), also einen Widerspruch gegen ein geschehenes Fordern, so daß nicht das Eintreten der bona fides allein, sondern erst der *bona fide* erhobene Widerspruch gegen das Fordern den Anfang der Verjährungszeit herbeiführen würde; und daß ein solcher Widerspruch hier fehlt. Ferner müßte dieser Widerspruch auch nicht bloß auf dem Grunde beruhen, daß das Fordern stattgefunden, ehe es nach der Gestaltung der Forderungsberechtigung zulässig gewesen. Und der einem verfrüheten Fordern entgegengesetzte Widerspruch würde bei späterm

---

28) Und von vielen neueren Juristen auf sie bezogen wird: Thibaut, System des P. R. §. 1008. No. y. und das. und bei Savigny, Syst. V. S. 326 ff. Genannte. Neuere Gegner dieser Ansicht sind: Seuffert, Erörtr. I. S. 134. Kierulff, Civilr. S. 206 ff. Puchta, Vorlesungen über das h. R. R. §. 93. Für Beschränkung auf solche Klagen, die auf ein Restituiren gehen: Savigny a. a. O. V. S. 335 ff. und das. S. 331. No. i. Genannte.

29) Puchta a. a. O.

30) Daß eine Analogie von der Verjährung von Servituten durch Nichtgebrauch hier keine Anwendung finden kann, wird keiner Erörterung bedürfen.

Digitized by Google

Fordern dadurch seine Wirksamkeit diesem gegenüber verlieren, weil damit eine anders gestaltete und demnach auch eine andere Berechtigung geltend gemacht würde. Das führt zu der Frage: ob nicht etwa die Regel, daß der Anfang der Klagenverjährung eine nata actio voraussetzt, das hier hervortretende Mißverhältniß beseitigt? Nach einer neuerdings vertheidigten Ansicht[31]) würde diese Frage zu verneinen sein, während sie nach der entgegengesetzten zu bejahen ist.

§. 5.

Für die Frage: wann eine nata actio gegeben sei? ist der Gegenstand, welcher mit der Klage gefordert wird, von entscheidender Bedeutung. Dieser Gegenstand kann entweder sein: eine Vertheidigung des Beklagten, welche ihn im Falle des Mißlingens der Verurtheilung unterwirft, oder aber eine Leistung, worauf die Verurtheilung zu richten ist, beziehungsweise eine durch ein Präjudicium[32]) festzustellende Anerkennung eines absoluten Rechts. Im erstern Falle ist Berechtigung eine Leistung zu fordern für die Nativität der Klage oder deren Gebrauch ganz gleichgültig, und das Rechtsverhältniß, dessen Stoff mit der Klage in den Streit geführt wird, hat in Ansehung der Klagenstellung nur die Function, den Kläger zum Fordern der Vertheidigung zu legitimiren. Dazu genügt es, daß das Rechtsverhältniß zur Existenz gekommen ist. Hat er seine Klage gebraucht, ehe er eine Verurtheilung mit derselben erlangen konnte, so wird der Beklagte, weil die Vertheidigung zu seinen Gunsten

---

31) Von v. Vangerow im Arch. für civ. Praxis XXXIII. S. 293 ff

32) Wie solches in der eigentlichen Vindication immer enthalten ist während es den persönlichen Klagen fehlt: meine Erörterungen zu Linde's Lehrb. S. 414. 476. No. 1. Ein recht unbefangener Kritiker hat dagegen indeß den schlagenden Einwand erhoben, es sei „nicht abzusehen, warum man nicht auch die Obligationen, ja alle Klagen praejudiciales actiones nennt, da auch in ihnen zunächst über das Recht entschieden und dann erst ein Anspruch anerkannt wird".

Digitized by Google

ausgefallen ist, absolvirt, und der Kläger hat seinen Anspruch verloren. Nata actio ist aber mit der Existenz des Rechtsverhältnisses vorhanden. — Ganz anders verhält sich dies im zweiten Falle. Stellt hier der Kläger die Klage an, ohne die Existenz der Voraussetzungen zu behaupten, von denen seine Berechtigung die Leistung zu fordern oder die Anerkennung des absoluten Rechts zu verlangen, abhängig ist, und demnach auch ohne sie zu erweisen oder eventuell zu deren Beweise sich verbindlich zu machen, so kann ihm der Gebrauch der Klage gar nicht verstattet werden. Nata actio ist hier erst dann vorhanden, wenn die Berechtigung Leistung oder Anerkennung zu fordern existent geworden ist. Im erstern Falle duldet die Natur der Klage keine Beschränkung ihres Gebrauchs auf eine bestimmte Zeit, weil jene Vertheidigung allgemeine Pflicht der Verkehrsgenossen gegen einander ist, und das Begründetsein eines Rechtsverhältnisses zu einem Legitimationsgrunde für den Gebrauch der Klage immer geeignet bleibt, so lange die Klage noch nicht durch Gebrauch verbraucht ist. Im letztern Falle ist eine solche Beschränkung der Natur der Klage an sich nicht zuwider, da sie eben nur zu einem seiner Natur nach vorübergehendem Gebrauche bestimmt ist.

§. 6.

Die erste dieser Klagengestaltungen findet sich im ältern römischen Rechte, die zweite im neuern. Die Merkmale der erstern sind: die Form des sacramentum im Legisactionenverfahren[33]), der Gebrauch der Sponsionen um eine Legitimation zur Klage zu vermitteln und die gerichtliche Litiscontestation zu präpariren[34]), die directe Consumtion des Rechtsverhältnisses

33) Welches die prozessualische Wurzel des Streits auf die Frage zurückführt, wer mit Recht und wer mit Unrecht zum Sacramentum provocirt hat: vgl. *Cicero* pro Caec. 33. pro domo 29; womit aber gar nicht ausgeschlossen ist, daß ein Urtheilsspruch in der Sache selber diese Frage zur Erledigung bringt.

34) Archiv für civ. Praxis XXXIV. S. 13 ff.

Digitized by Google

durch die Litiscontestation[35]), das Deducirtwerden des gesammten Stoffes des Rechtsverhältnisses in's judicium durch einmaligen Gebrauch der Klage, sofern nicht eine Präscription eine Beschränkung vermittelt[36]), und endlich, die greifbarsten: die peremtorische Wirksamkeit der dilatorischen Exception, sobald sie in's judicium hinübergegangen war[37]), und die Absolution des Beklagten selbst in dem Falle, wo ihm seine Vertheidigung auch nur zu irgend einem Theile gelungen war, auch wenn im übrigen ein Anspruch gegen ihn sich als begründet herausgestellt hatte[38]), so wie das Begreifen des judicatum facere unter die Vertheidigung des Beklagten oder das defendere[39]), und der Mangel einer absolutorischen Wirkung der nach der Litiscontestation erfolgten Leistung[40]). Die Merkmale der zweiten Klagengestaltung sind: der Mangel dieser Merkmale, und positiv: die Fortdauer des Rechtsverhältnisses neben dem Gebrauche der Klage und Schutz gegen wiederholten Gebrauch derselben durch Exception[41]), aufschiebende Wirkung der dilatorischen Exception[42]), Verurtheilung des Beklagten bei nur theilweise begründeter Klage in denjenigen Theil des Anspruchs, der sich als begründet herausgestellt hat[43]), und Absolution desselben auf den Grund einer nach der Litiscontestation geschehenen Erfüllung[44]). Daß die Merkmale der ersten Klagegattung bereits im frühern römischen Rechte theilweise auf gewisse Klagen, so auf die wegen eines

35) *Gaj.* J. III. 180. 181.
36) *Gaj.* J. IV. 57. 131.
37) *Gaj.* J. IV. 123.
38) *Gaj.* J. IV. 52 sqq. *Cicero* pro Roscio c. 4. *Seneca* de benef. III, 7.
39) L. 63. D. de judiciis 5, 1.
40) Nach der Ansicht der Proculejaner; s. *Gaj.* J. IV, 114. *Ribbentrop,* comm. ad leg. 16. §. 5. D. de pignor. p. 21. Keller, L. C. S. 183. No. 11. Hasse d. J., Rh. Mus. VI. S. 167 ff.
41) *Gaj.* J. III, 181.
42) §. 10. J. de except. 4, 13.
43) *Gaj.* J. IV, 52.
44) *Gaj.* J. IV, 114. §. 2. J. de action. 4, 12; meine Identit. S. 228 No. 9; Archiv für civ. Praxis XXXIII. S. 389.

Digitized by Google

certum und das legitimum judicium beschränkt waren, ist bekannt[45]). Daraus folgt aber einestheils noch nicht, daß der Zeitpunkt der Nativität der Klage, der sich einmal nach der ursprünglichen Klageform festgestellt hatte, eine Veränderung erlitten habe, wo man sich einer Klage bedienen konnte, welche jener ältern Gattung angehörte[46]). Ja die peremtorische Wirkung der dilatorischen Exception, welche allein schon genügt, den Zeitpunkt der Nativität der alten Klagegattung festzuhalten, ist auf diese nicht beschränkt, sondern findet sich, bis zu ihrem Untergange, bei allen Arten von Klagen[47]).

§. 7.

Ueber einen bestimmten Zeitpunkt dieses Unterganges fehlt es zwar an Nachrichten[48]). Allein sobald die Verhandlung in jure aufhörte dem judicium vorherzugehen, mußte entweder die dilatorische Exception sich ganz in die peremtorische verlieren, oder sie mußte auch auf den dilatorischen Effect beschränkt bleiben. Denn gab es nur ein einziges Gebiet ihrer Wirksamkeit, so konnte sie auch keine mehrfache von der Mehrheit solcher Gebiete abhängige Wirksamkeit haben. Die erste Alternative ist aber nicht eingetreten, sondern die dilatorische Exception ist geblieben. Und wenn sie auch noch einige Zeit lang nach dem Verschwinden des jus eine peremtorische Wirksamkeit dadurch conservirt hat, daß man ihren Beweis, wenn sie illiquide war, dem Beweise der Klage nachfolgen ließ[49]), so lag ihr Vorbringen jetzt doch immer hinter der Klagenstellung, sie konnte noch nach dieser dilatorisch gegen die Klage wirken, und mußte diese, wenn sie dem Sachverhältnisse angehörte, wie z. B. die exceptio pacti

45) S. *Gaj.* J. III. 180. 181. IV. 52 sqq.

46) Wie die wegen jedes obligationsmäßigen certum brauchbare certi condictio: L. 24. D. de R. C. 12, 1.

47) S. *Gaj.* J. IV. 123. L. 19. C. de probat. 4, 19.

48) Vgl. §. 10. J. de exceptt. cit.

49) L. 19. C. de probat. cit.

Digitized by Google

conventi temporalis [50]), als eine actio nondum nata darstellen, wenn sie diese Wirksamkeit äußerte. Und in solchen Verhältnissen, wo es sich um eine Leistung handelte, die ohne Fordern des Klägers von dem Beklagten gar nicht vorgenommen werden konnte, ohne dem Vertrage zuwider zu handeln, wie bei der Rückgabe eines übernommenen Depositum, da konnte ohne ein solches Fordern jetzt auch keine nata actio sein, und es mußte jetzt, wenn der Beklagte auf dessen Mangel sich berief, die Klagenstellung verfrüht sein, während da, wo der Kläger mit der Klage nur die Vertheidigung forderte, der Mangel jenes Forderns ihrer Nativität nicht entgegenstehen konnte. Der Beklagte mußte entweder defendere, oder er mußte durch Erbieten zur Leistung den Prätor bewegen dem Kläger das judicium zu versagen, wodurch die Sache in der Weise ihre Beendigung erhielt, wie durch eine confessio in jure, die in jenem Erbieten gegeben war.

§. 8.

Einleuchternderes scheint es nun kaum geben zu können, als dies, daß die Nativität der Klage, von welcher die Pandektenfragmente handeln, nicht identificirt werden darf mit derjenigen Nativität der Klagen, welche Honorius und Theodosius, über 100 Jahre nach dem Untergange des jus, als deren Zuständigkeit, in dem Zeitpunkte finden „quo jure competere coeperunt“ [51]). Indem sie diesen Zeitpunkt als den Anfang der Verjährungsfrist bestimmen und die Verjährung als die Folge des Nichtgebrauches der Klage betrachten; sehen sie diesen Zeitpunkt als den an, wo man von der Klage Gebrauch zu machen hat. Wäre damit der Zeitpunkt der alten Nativität gemeint, so wäre darunter auch derjenige begriffen, wo der Gebrauch der Klage zu einer definitiven oder doch einer einstweiligen Absolution des Beklagten führt. Und wenn sie nicht der Meinung gewesen sein können,

50) *Gaj.* J. IV, 122.
51) L. 3. C. de praescr. XXX annor. 7, 69.

Digitized by Google

daß man in einem solchen Zeitpunkte schon von der Klage Gebrauch machen solle, so müssen sie, wenn sie die alte Nativität im Auge gehabt, dem, der mit derselben sofort einen erfolgreichen Gebrauch seiner Klage machen kann, allein die Frist von dreißig Jahren, jedem andern aber eine kürzere, oder auch gar keine, z. B. dem der ein Darlehn auf 31 Jahre gegeben hat gar keine, Zeit zur Anstellung der Klage zugedacht haben. Von solchem Unsinne sind sie aber so weit entfernt, daß sie des Ausdruckes nata actio sich gar nicht bedienen, sondern durch die Bezeichnung: „ex quo jure competere coeperunt", den Zeitpunkt des Laufes der Verjährung unterscheidbar machen von dem, wo nach der ursprünglichen römischen Rechtsansicht, welche die actio mit der civilen Seite der Obligation, oder der civilis obligatio, identificirt, das Entstandensein der ursprünglich perpetuellen Klage gegeben ist. Justinian bedient sich allerdings des Ausdruckes: ex quo actio semel nata est, als gleichbedeutend mit: ex quo ab initio competit, und zur Bezeichnung des Anfanges der Klagenverjährungszeit [52]). Allein wenn er diesen Zeitpunkt für die Dotalklagen der Ehefrauen dahin festsetzt: ex quo possint actiones movere [53]), so ist ihm doch jedenfalls der Gedanke nicht fremd gewesen, daß jener Zeitpunkt erst mit der Brauchbarkeit der Klage eintrete. Und dann müßte es doch eine seltsame Laune gewesen sein, wenn er allein von jenen Klagen der Ehefrauen die Tollheit hätte abwenden wollen, zu welcher ein früherer Anfangspunkt jener Verjährungszeit führt. Dennoch aber sind jene verschiedenen Zeitpunkte der Nativität der oben (§. 4. No. 31) genannten Ansicht als identisch untergestellt worden.

Das wird indeß anerkannt, daß ein verzinsliches Darlehn so lange nicht verjährt, als der Schuldner die Zinsen zahlt [54]). Es wird dies aber bezeichnet als eine „kleine übrigens sehr

52) L. 1. §. 1. C. de annali except. 7, 40.
53) L. 30. C. de jure dot. 5, 12.
54) L. 8. §. 4. C. de praescr. XXX. an. 7, 39.

Digitized by Google

natürliche Modification" [55]). Ob sie groß oder klein ist, wird nun zwar nicht von Erheblichkeit sein. Erheblicher aber ist es, daß sie natürlich ist. Sie kann nur deßhalb natürlich sein, weil, so lange der Schuldner das Capital zurückzuzahlen nicht gehalten ist, keine Verjährung laufen kann. Dann ist es aber bei allen Ansprüchen natürlich, daß, so lange sie nicht geltend gemacht werden können, auch keine Verjährung laufen kann. Es ist nicht weniger natürlich, daß da, wo der Zweck des Geschäftes es erheischt, daß der Berechtigte die Geltendmachung nach seiner Bequemlichkeit verschiebt, wie beim Depositum, ihm die Verjährung nicht läuft, so lange er diesen Zweck benutzt und in Ansehung desselben und der Geltendmachung sich nicht behindert findet. Ist es natürlich, daß dem Darleiher die Verjährung nicht läuft, so lange er durch Empfang der Zinsen veranlaßt wird, sein Capital ungefordert zu lassen, so ist es auch natürlich, daß dem Deponenten keine Verjährung läuft, so lange er das deponirte Gut beim Depositar läßt, weil er es dort besser aufgehoben findet als bei sich selber oder anderswo; des Falles gar nicht einmal zu gedenken, wo längjährige Abwesenheit, in Rücksicht auf welche er villeicht gar deponirte, ihn an der Rückforderung hindert.

§. 9.

Die einzelnen Fragmente, welche für jene Nativität der Klage vor der Forderbarkeit der Leistung angerufen sind, müssen nach dem Ausgeführten ganz irrelevant für den Lauf der Klagenverjährung sein. Eine Charakteristik ihres Inhalts wird hier indeß einen Platz finden dürfen. Die erheblicheren derselben [56]) betreffen Verhältnisse, die durch Hingeben ihre Begründung und durch Rückgeben ihre Auflösung finden. Der Zweck des Hingebens ist bald ein Zweck des Empfängers, bald ein Zweck des Gebers. Ersteres ist beim mutuum der Fall, dessen stricte

55) V. Vangerow a. a. O. S. 314.

56) Die übrigen werden unter §. 11. Berücksichtigung finden.

Digitized by Google

Natur aber jenen Zweck aus der Gestaltung des Geschäfts entfernt und es auf eine reine Werthausgleichung zurückführt [57]), die Gleichstellung der Zeit des Darleihens und des Rückzahlens in Beziehung auf den Werth des dargeliehenen und zurückzuzahlenden Stoffes vermittelt. Der Darleiher empfängt die Gegenleistung des Darlehensempfängers der Rechtsidee nach in dem Augenblicke wo er das Eigenthum des dargeliehenen Stoffes diesem überträgt. Aus dem Darlehensgeschäfte entsteht unmittelbar die actio, die certi *condictio* ex mutuo [58]), und durch diese wird der Darlehnsempfänger obligirt [59]). Der Darlehnsempfänger wird demnach unmittelbar durch den Empfang ein reus condemnandus, und von dieser Eigenschaft nur befreit durch das hinzugefügte pactum, welches den Darleiher auf eine gewisse Zeit von der Rückforderung ausschließt, und auf diesem Wege in einen Debitor verwandelt. Dadurch wird die Darlehensobligation einseitig und der Anspruch auf Zinsen als Bestandtheil derselben unmöglich. Die Gegenleistung ist hier weiter nichts als die condictio, die vollkommen zusammenfällt mit der res oder pecunia credita, welche der Darleiher gleich wie die condictio erwirbt [60]). Die obligatio des Darlehnsempfängers ist eine dandi obligatio, d. h. eine solche, bei welcher es einen zu einem facere Obligirten gar nicht gibt [61]). Der Gläubiger hat unmittelbar nichts weiter als eine actio, mit welcher er ein defendere fordern kann, und nur mittelbar durch diese besteht ein obligatorisches dare oportere, so daß die actio der obligatio vorangeht. Das vom mutuum handelnde Fragment, welches für jene Nativität der Klage angerufen wird [62]), lautet nun dahin: „Sin autem *communes* nummos credam aut solvam, *confestim pro parte mea nascatur et actio* et liberatio". Die

57) Vgl. Archiv für civ. Praxis XXXIV. S. 55.
58) Pr. J. quib. mod. re contrah. oblig. 3, 14.
59) L. 23. §. 1. D. depositi 16, 3.
60) L. 2. L. 9. §. 8. D. de reb. cred. 12, 1.
61) L. 91. pr. D. de V. O. 45, 1.
62) L. 94. §. 1. D. de solutt. 46, 3.

Digitized by Google

communes nummi stehen hier im Gegensatze zu den alieni [63]), und wenn man auf das confestim das Gewicht der Stelle legt, so liegt dem Ausspruche der Gedanke zum Grunde: wenn ich *alieni* nummi darleihe, so bekomme ich erst später eine Klage. Da man aber in diesem Falle die condictio ex mutuo gar nicht bekommt, so sagt das Fragment eben nur, daß man überhaupt diese Klage für seinen Antheil bekommt, wenn man communes nummi creditirt, und das confestim drückt eben nur aus, daß es nicht erst einer Theilung des condominium der nummi bedarf. Die Absicht des Fragments ist es also überall nicht, die Zeit der Nativität der actio festzustellen, die nach der Natur des römischen mutuum eben mit der Existenz des mutuum gegeben ist, und abgesehen von dem Erfolge des Gebrauches der actio ist hier die Zeit gleichgültig, weil das mutuum an sich nur Einen Zeitpunkt hat, nämlich den des Creditirens, oder des Creditirtseins des Stoffes, sofern nicht eine Mora dazwischen tritt und eine Klage gebraucht werden kann, welche eine Berücksichtigung der Zeitverschiedenheit zur Ausgleichung des Werthverhältnisses gestattet.

§. 10.

Letzteres, ein Zweck des Gebers der mit dem Hingeben erreicht werden soll [64]), findet sich beim Depositum; und dieser Zweck erheischt einen Zeitraum zwischen Hingeben und Rückgeben, der aus dem Geschäfte nicht verdrängt wird, weil mit demselben eine Verantwortlichkeit des Depositars wegen eines in einer Zeit liegenden Verhaltens desselben in Beziehung auf diesen Zweck begründet wird. Da aber dieser Zweck ein Zweck des Gebers ist, so kann dieser ihn jederzeit aufgeben, und damit jenen Zeitraum aller Zeiträumlichkeit berauben. Das vom depositum handelnde Fragment, welches für jene Nativität der Klage an-

63) L. 94. pr. D. de solutt.
64) Oben §. 8. nach No. 50.

Digitized by Google

geführt wird[65]), lautet dahin: „Est... scriptum, *eum, qui rem deposuit, statim posse depositi agere*". Hier steht nun mit klaren Worten, daß der Deponent das Aufgeben jenes Zweckes jederzeit bewirken könne. Es steht auch da, daß er als Deponent, quia deposuit, also gleichviel ob ihm das deponirte Gut gehöre oder nicht, es zu thun vermöge; und zwar mit einer actio, aber mit der depositi actio, nicht mit einer condictio; welche letztere dadurch noch nicht begründet wird, daß jemand ein depositum angenommen, sondern erst dadurch, daß er dem Rückfordernden dolo malo die Rückgabe verweigert[66]), auch ohne Zweifel erfordert, daß dem Deponenten das deponirte Gut gehört. Es wird ferner auch gesagt, daß die depositi actio auch dann zu einer Condemnation führe, wenn der Depositar hindernder Umstände halber zur Zeit der Litiscontestation von der Obliegenheit zur Rückgabe befreit gewesen, aber noch bis zur Condemnation die Möglichkeit dazu erlangt habe[67]). Es spricht also jenes Fragment auch das aus, daß der Deponent durch Umstände, welche den Depositar von der Rückgabe befreien, am Gebrauche der depositi actio nicht gehindert werde, und er es darauf ankommen lassen könne, wohin das defendere des Depositars führe[68]). Die in jus concipirte Formel der depositi actio gestattet auch dem Deponenten, sich durch Restitution von der Condemnation in dasjenige: quod ob eam rem dare facere oportet, zu befreien[69]), und wenn die Restitution weder möglich noch deren Unmöglichkeit von ihm verschuldet ist, so kann auch in Ermangelung der Befreiung mittelst einer Restitution die Condemnation ihn nicht treffen. Das Fundament der Condemnation ist also nicht die Verbindlichkeit zu einer Leistung, sondern der Mangel der Restitution, die hier ein Aequipollens

65) L. 1. §. 22. D. depos. 16, 3.
66) L. 23. §. 1. D. depositi 16, 3.
67) L. 1. §. 21. D. depositi 16, 3.
68) Ob es mißlinge, oder, auch im Falle des wirksamen Gebrauches einer bloß dilatorischen Exception, zur definitiven Absolution führe.
69) *Gaj.* J. IV, 47.

Digitized by Google

des defendere geworden, neben dem Mangel des Gelingens des defendere gegen die Obliegenheit zur Restitution. Das agere des Klägers gestaltet sich demnach zu einem Fordern des defendere, welches vermöge des dem Judex gestatteten arbitrium hier indeß von der Gefahr befreit ist, daß jedes Gelingen des defendere zu einer Absolution führt, weil das arbitrium dem Judex die Befugniß ertheilt an die Stelle der Absolution eine Restitutionsauflage zu setzen[70]), und bei der Unbestimmtheit der Condemnationssumme ein theilweises Gelingen des defendere nicht unterscheidbar ist. Daß nun ein solches agere sofort geschehen kann, sobald nur deponirt worden; beweiset noch überall nichts für ein agere, mit welchem eine Condemnation auf den Grund einer Obliegenheit zu einer Leistung, einem facere, gefordert wird. Ein agere der letztern Art hängt davon ab, daß die Zeit des *facere* gekommen ist. So entscheidet derselbe Ulpian[71]), von dem jener Ausspruch über das Depositum herrührt: „si insulam fulciri quis stipulatus sit, non est exspectandum ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec insulam fieri, ut tantum temporis praetereat, quanto insula fabricari possit, sed *ubi jam coepit mora* faciendae insulae fieri, *tunc agetur*, diesque obligationi cedit"; so wie er auch die Klagenstellung vor dem bestimmten Leistungstermine für unzuläßig erklärt[72]).

§. 11.

Andere Fragmente, welche für die gedachte Nativität angeführt worden, sind auf den ersten Blick irrelevant. Es fällt nämlich in ihnen, vermöge des Grundsatzes: quod sine die debetur, statim debetur, der Zeitpunkt der Fälligkeit mit dem der Entstehung des Rechtsverhältnisses zusammen. Es wird gesagt, daß die Klagbarkeit entstehe mit dem Abschlusse einer

70) L. 1. §. 21. L. 5. L. 24. L. 33 f. D. depositi 16, 3.
71) L. 72. §. 2. D. de V. O. Vgl. L. 84. L. 137. §. 3. D. eod.
72) L. 72. §. 1. D. de V. O.

Digitized by Google

Stipulation[73]), eines Constitutum[74]), nämlich ohne Hinzufügung einer Leistungsfrist; daß man durch eine Verwendung in fremder Angelegenheit sofort ein Klagrecht erwerbe[75]). Daß die Nativität der Klage in der Gestalt, in welcher sie den Lauf der Verjährungsfrist bedingt, eine Mora des Obligirten nicht voraussetzt, das ist allerdings im Wesen der römischen Klageberechtigung begründet. Sofern nämlich die Mora eine Interpolation voraussetzt, folgt dies aus der Unabhängigkeit der Klagenstellung von einem vorangegangenen Fordern des Berechtigten. Liegt dem Schuldner gar kein facere ob, so kann keins von ihm gefordert worden; liegt ihm aber ein facere ob, so braucht es nicht von ihm gefordert zu werden, weil er unaufgefordert handeln muß. Allerdings fällt im letztern Falle der Zeitpunkt der neuern Nativität der Klage mit dem Zeitpunkte der ohne Interpolation entstehenden Mora zusammen, wenn man Hindernisse, die ungeachtet der Fälligkeit der Leistung die besonderen Folgen, welche durch Mora bedingt sind[76]), abwenden, nicht in Anrechnung bringt und ungeachtet derselben eine Mora als vorhanden ansieht. Allein diese Zufälligkeit erhebt nicht die Mora zur grundsätzlichen Voraussetzung der Klagbarkeit. Geht man aber von dem Standpunkte jener ältern Nativität aus, so fehlt es einem Grunde, dem Fordern, von der Mora abgesehen, irgend eine Bedeutung, oder dem Fordern wie der Mora eine Bedeutung für die Nativität der Klage beizulegen, an jedem Anhaltpunkte. Dennoch aber wird in Verbindung mit der Vertheidigung des Beginnens der Verjährungsfrist in diesem Zeitpunkte die Ansicht ausgesprochen, daß erst das Fordern von Seiten des Gläubigers eine Zahlungspflicht des Schuldners begründe[77]); und daß die Mora die Wirkung mit sich führe, daß

---

73) §. 2. J. de V. O.

74) L. 21. §. 1. D. de const. pec. 13, 5.

75) L. 18. D. de fidejussor. et mand. 46, 1.

76) Mögen sie nun im Tragen des periculum oder in einer Obliegenheit zur Erstattung der omnia causa bestehen.

77) V. Vangerow a. a. O. S. 295.

der Gläubiger Klage erheben könne, wird von deren Urheber ebenfalls angenommen[78]). Sieht man indeß davon ab, daß das Fordern und die Mora vor der Fälligkeit nicht stattfinden soll oder kann, und hält man sich allein an jene Nativität des der Klagenverjährung vorhergehenden römischen Rechts, so ist die Möglichkeit eröffnet, daß der Lauf der Klagenverjährung beginnt und zu Ende geht, ehe noch von der Klage Gebrauch gemacht werden können. Daß das canonische Erforderniß der bona fides perpetua nicht immer von dem Standpunkte aus aufgefaßt wird, daß es eine Garantie dagegen zu sein vermögte, wird aus dem oben (§. 3) Gesagten hervorgehen. Daß endlich die heutige Geltung der ältern Nativitätszeit nicht dadurch gerechtfertigt wird, daß die entgegengesetzte Ansicht[79]) in ungeeigneter Ausdrucksweise darauf gestützt worden, daß die Nativität der Klage außer einem Rechte noch eine Rechtsverletzung erfordere, bedarf keiner weitern Erörterung. Es spricht sich aber in dieser Ausdrucksweise ein Bedürfniß aus, welches jede auf ein Fordern gerichtete Klage begleitet, nämlich das Bedürfniß, von der Berechtigung zu fordern, den ihr entsprechenden Zustand zu unterscheiden, und zur Existenz einer Klage, mit welcher jene Berechtigung ausgeübt wird, ein Mißverhältniß des Zustandes zur Berechtigung für nothwendig zu erachten. Davon ist die Idee einer Inhaberschaft dieses Zustandes unzertrennlich, ohne welche kein anderes Fundament der Klagenverjährung als der Machtspruch des Gesetzes und für die Vorschrift des Erfordernisses einer bona fides bei derselben erfindlich ist, keine andere Ursache als die dafür angerufene Tendenz des canonischen Rechts der Sünde, die es mit dem Unrechte zusammengeworfen haben soll, zu steuern.

78) V. Vangerow Lehrb. §. 588. Anm. 1.
79) Savigny, System des P. R. V. S. 280 ff.

Digitized by Google

§. 12.

Hält man sich indeß an das Gebiet der rechtsgestaltenden Anschauung, so wird man zu einer der usucapiendi conditio analogen praescribendi conditio geführt, deren Vergleichung mit jener das Schweigen des Klageberechtigten als das Moment hervortreten läßt, welches die bona fides des Obligirten zu einer justa causa qualificirt. Die Gleichartigkeit dieser causa bei jeder Präscription, läßt aber eine Verschiedenheit eines Präscriptionstitels nicht zu, und absorbirt in Beziehung auf sie die Idee eines die Geeigentheit der causa ausdrückenden Titels. Wenn man indeß den Titel als den unmittelbaren Grund einer Berechtigung betrachtet, und nicht als den des Erwerbes derselben; so kann man auch einen Titel der Liberation nicht negiren, den man aber dann in der Verjährung selber finden müßte und nicht in ihre Grundlage versetzen dürfte. Ein solcher Titel aber erscheint der Ausdrucksweise der Quellen so wenig entsprechend [80]), als der Mangel eines besondern Erwerbstitels bei der Präscription deren Verwandtschaft mit der Usucapion ausschließt, obgleich er dem Präscribenten einen Beweisgrund der bona fides entzieht, der dem Usucapienten zu Gebote stehen kann [81]); weil eben der Titel eine Rechtlichkeit des erwerbenden Zustandes ist, die dem Obligirten mangelt (wenn man sie nicht etwa seinem Widerspruche gegen das Fordern beilegen will), während man sie dem Usucapienten selbst da nicht abgesprochen hat, wo sie bloßer Zustand, nämlich der titulus kein verus, sondern nur ein putativus ist [82]).

80) Oben §. 2. Not. 7.
81) Oben §. 2. Not. 13. §. 4. a. Anf.
82) Oben §. 3. Not. 18. 23. 25.

Digitized by Google

IV.

Ueber die Verbindlichkeit zum Beweise der Widerrechtlichkeit einer Handlung, wo diese die Voraussetzung eines Klage-Anspruchs bildet.

Von

Herrn Hofgerichtsrath Geran in Darmstadt.

In Rechtsstreitigkeiten über Schadens-Ersatzansprüche und Wiederherstellung verletzter Rechte, welche aus einseitigen verletzenden Handlungen abgeleitet werden und welche zu ihrer Begründung bösen Vorsatz, oder Fahrlässigkeit, überhaupt Rechtswidrigkeit nothwendig voraussetzen, unterliegt die Frage, welchem der streitenden Theile, wenn die Widerrechtlichkeit der angeklagten Handlung bestritten wird, der deßfallsige Beweis aufzulegen ist, häufig großer Ansichtsverschiedenheit und mannichfachen Bedenken, weil die in den Gesetzen so wie in der Doctrin hierüber aufgestellten Sätze nicht erschöpfend, darum verschiedenartiger Auffassung fähig sind.

Ein bei den Gerichten des Großherzogthums Hessen vor kurzem vorgekommener, später näher berührt werdender Rechtsfall, bei dessen Entscheidung entgegengesetzte Ansichten über die hier angeregte Frage sich geltend machten, welche aus dem Gesichtspunkte abweichender Principien aufzufassen sind, enthält die Veranlassung zu dieser kleinen Abhandlung.

Weber in seinem classischen Werke über Beweisführung (1. Aufl.) äußert sich S. 249, 250, 251 in dem angeregten Betreffe also: „Unstreitig muß derjenige, dessen Antrag, den er gegenwärtig geltend zu machen sucht, dolum oder culpam des Gegners zu seiner Begründung nothwendig voraussetzt, diesen factischen Grund auch in Gewißheit setzen, so wie im Gegentheile derjenige, welcher an sich begründete Ansprüche Anderer jetzt nur noch durch den Vorwand unverschuldeter Unglücksfälle oder einer Verschuldung des Gegners abzulehnen vermag, solches unstreitig beweisen muß, wenn er nicht sachfällig werden will. Wird also Jemand wegen der Beschädigung oder des Ruins einer Sache in Anspruch genommen, derentwegen ihm keine besonderen Pflichten der Aufbewahrung oder Vorsorge, custodia, oblagen, so ist es wohl sehr einleuchtend, daß derjenige, der ihn gleichwohl der Sache wegen in Anspruch nehmen will, den Beweis übernehmen müsse, daß der Beklagte vorsätzlich oder durch eine ihm zur Last fallende Unachtsamkeit, den Schaden verursacht habe. Der Beschädigte ist hier immer in dem Falle, sich einer Klage, sei es ex lege Aquilia, in factum, condictio furtiva etc. zu bedienen, welche dolum vel culpam des Gegners voraussetzt, und wird also natürlich auch diese Thatsachen darthun müssen".

In ähnlichem Sinne äußert sich Borst in seinem Werke über Beweislast. Er bemerkt S. 104, 105:

„Das Versehen ist als bloser Begriff kein Gegenstand des Beweises, sondern es muß vom Richter aus Thatsachen erkannt werden. Daß nun derjenige, welcher seinen Gegner wegen eines Versehens in Anspruch nimmt, solche Thatsachen, welche das Versehen bewähren, zu beweisen habe, versteht sich von selbst. Ganz anders verhält es sich, wo die Verbindlichkeit des Beklagten nicht erst aus dem Versehen entstand, sondern vielmehr dadurch aufrecht erhalten wurde. Dieses ist immer der Fall, wenn der Beklagte durch seine Schuld in die Unmöglichkeit versetzt wurde, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, wenn er also z. B. eine hinterlegte, geliehene oder verkaufte Sache dem Eigenthümer nicht mehr zustellen kann, weil sie durch seine Schuld zu Grunde

Digitized by Google

ging, oder wenn er einen Auftrag wegen eingetretener Hindernisse unbefolgt ließ, obwohl er die Hindernisse zu rechter Zeit hätte beseitigen oder überwinden können. Hier war die Verbindlichkeit, eine Sache herauszugeben oder einen Auftrag zu erfüllen, vor dem Versehen und unabhängig von demselben begründet. Will der Beklagte von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit frei sein, weil sie unmöglich geworden, so muß er beweisen, daß die Unmöglichkeit eintrat, denn nur durch die unverschuldete Unmöglichkeit konnte seine Verbindlichkeit erlöschen. Die unverschuldete Unmöglichkeit ist eine wahre Einrede. Es versteht sich aber, daß der Beklagte nur die Thatsachen, wodurch die Unmöglichkeit bewirkt worden sein soll, zu beweisen brauche, das Urtheil aber, ob nach diesen Thatsachen ein Versehen vorhanden sei oder nicht, dem Richter überlassen bleiben müsse".

In diesen Sätzen unserer bewährtesten und mit wohlgerechtfertigter Autorität in der Praxis umgebenen Schriftsteller über die Beweispflicht beruht unverkennbar viele Wahrheit, dennoch aber bedürfen sie einer Vervollständigung und näheren Präcisirung, wenn sie nicht zu Unzuträglichkeiten und Inconsequenzen führen sollen; wie nachher mit Rücksicht auf den darzustellenden Rechtsfall näher dargelegt werden wird.

Vorerst gehe ich nun zu kurzer Darstellung des erwähnten Rechtsfalls in seinen hier einschlagenden erheblichen That-Momenten über.

Der Kläger stützte seine Klage im Wesentlichen auf folgende Darstellung. Er habe zu einer näher angegebenen Zeit eine Quantität Frucht einem Manne, an einem bestimmt bezeichneten Ort abzuliefernd, verkauft, und auch wirklich an diesem Orte dem Käufer übergeben. Der Käufer habe an demselben Orte diese Quantität Frucht dem Beklagten anderweit verkauft, welcher solche weiter habe verbringen wollen. Da dem Beklagten die zum weiteren Transporte benöthigten Säcke gemangelt hätten, so habe dieser ihn, den Kläger, gebeten, ihm seine, des Klägers, Säcke, in welchen die Frucht sich noch befunden, zu diesem Weiter-Transport zu leihen, gegen die Verbindlichkeit der demnächstigen

Rücklieferung der Säcke an einen bestimmt bezeichneten Ort. Da aber eine deßfallsige Vereinigung nicht zu Stande gekommen, so habe der Beklagte gegen seinen Willen sich eigenmächtig in den Besitz der Säcke gesetzt und in solchen die Frucht weggeführt, da er, Kläger, wegen augenblicklicher Verhinderung nicht im Stande gewesen, sich dieser Wegnahme zu widersetzen. Die Klagbitte ging dahin: den Beklagten zur Zurücklieferung dieser Säcke und zum Schadensersatze zu verurtheilen. Der Beklagte stellte in seiner Erklärung in Abrede, daß er sich eigenmächtig in den Besitz dieser Säcke gesetzt habe, und bemerkte eventuell, daß der Kläger ihm freiwillig die Säcke überlassen habe, mit der Bitte um Abweisung der Klage. In der Gegenerklärung beharrt Kläger auf der Behauptung, daß die Hinwegnahme der Säcke durch den Beklagten eine eigenmächtige, darum widerrechtliche gewesen und stellt die vom Beklagten behauptete Einwilligung von seiner, des Klägers, Seite in Abrede, unter Wiederholung seiner Klagbitte.

In der Schlußerklärung wiederholt Beklagter seine früheren Anführungen und Anträge.

Das hierauf ergangene Erkenntniß des Gerichts erster Instanz lautete dahin: Kläger habe zu beweisen, daß Beklagter zu der in der Klage bezeichneten Zeit von den erwähnten — näher bezeichneten — Säcken Besitz ergriffen habe, Gegenbeweis hiergegen insbesondere dahin vorbehaltlich, daß Kläger in die Hinwegbringung der Säcke eingewilligt habe.

Auf durch den Beklagten ergriffene Berufung, erkannte das Gericht zweiter Instanz: daß das Erkenntniß des Gerichts erster Instanz dahin abzuändern sei, daß in den Beweissatz des Klägers das Wort „eigenmächtig" hinter die Worte, zu der in der Klage angegebenen Zeit, einzuschieben sei.

Durch die offenbar auf die oben dargelegte Ansicht Weber's in seinem Werke über Beweisführung gestützte Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz, ist eine Frage der Beweislast von großer Bedeutung und Consequenz angeregt, die Frage nämlich, ob in Fällen, wo eine Klage auf Widerrechtlichkeit der Be-

Digitized by Google

schädigung oder Besitzverletzung gestützt wird, der Kläger — wie hier erfordert ist, stets den Beweis der Widerrechtlichkeit der Angriffshandlung, welcher dann in der Regel für den Kläger den Beweis einer Negation in sich schließt, noch besonders zu erbringen hat. Meines Erachtens war die Entscheidung des Gerichts erster Instanz darin, daß es dem Kläger nicht noch den besonderen Beweis „der Eigenmächtigkeit" der Wegnahme der Säcke auferlegte, den angeführten That- und Rechtsverhältnissen entsprechend, und hätte darum in der zweiten Instanz nicht abgeändert, sondern bestätigt werden sollen.

Die Rechtfertigung dieser Ansicht versuche ich in der nachfolgenden Ausführung. Alle aus einseitigen positiven verletzenden, darum obligatorischen Handlungen abgeleiteten Klagen, namentlich die Klage ex lege aquilia, die possessorischen Interdicte, die Spolienklage setzen stets eine widerrechtliche — dolo aut culpa, verursachte Verletzung voraus, neque enim damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet [1]. Mit der actio ex lege aquilia kann sonach nur ein damnum injuria datum, mit den possessorischen Interdicten und der Spolienklage nur eine gewaltsame, d. h. eine gegen den Willen des Besitzers unternommene, also widerrechtliche Verletzung der Besitzrechte verfolgt werden. Widerrechtlichkeit der Angriffshandlung des Beklagten bildet sonach die wesentliche Mitbedingung zur Begründung des Anspruchs auf Ersatz eines durch einseitige Handlung verursachten Schadens mittelst der actio ex lege aquilia, so wie der Zulässigkeit des interdicti uti possidetis, unde vi und der Spolienklage auf Schutz resp. Wiederherstellung eines verletzten Besitzes.

Insoweit hat also der Satz Webers, „derjenige, dessen Antrag, den er gegenwärtig geltend zu machen sucht, dolum oder culpam des Gegners zu seiner Begründung nothwendig voraussetzt, muß diesen factischen Grund auch in Gewißheit setzen" — seine Richtigkeit und seine Stütze in den Gesetzen. L. 18. D.

---

1) L. 151. D. de regulis Juris.

§. 1. de prob. sagt: qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. So gewiß in jedem einzelnen Falle der Anstellung einer solchen Klage diese Widerrechtlichkeit der angeklagten Handlung in rechtlicher Gewißheit stehen muß, wenn dem Antrage des Klägers soll statt gegeben werden können, eben weil sie ein wesentliches thatsächliches Fundament der Klage bildet, eben so gewiß ist es aber auch, daß dem Kläger in vielen, ja in den meisten Fällen, ein besonderer Beweis der Widerrechtlichkeit der angeklagten Handlung nicht aufgebürdet werden darf.

Die Gesetze haben der Person jedes Menschen einen gewissen Umfang von Rechten beigelegt, die ihm als allgemeine Rechte der Person ohne besonderen Beweis des speciellen Erwerbs jedem Anderen gegenüber zustehen. Die Gesetze haben an das Eigenthum an einer Sache, so wie an den juristischen Besitz einen bestimmten Umfang von Rechten und Befugnissen geknüpft, die Jeder, dessen Eigenthum, resp. Besitz, erwiesen oder anerkannt ist, als Theil des Ganzen von selbst jedem Dritten gegenüber geltend machen kann, ohne zu dem jedesmaligen Beweise der Zuständigkeit auch jeden einzelnen Bestandtheils und Ausflusses seines Eigenthumsrechts, resp. seines Besitzes, im concreten Falle verpflichtet zu sein. Die Fortdauer eines erworbenen Rechts ist eine natürliche unsichtbare Folge seiner Entstehung, regelmäßig nicht bedingt durch dessen stete Ausübung, sofern nicht nach der besonderen Natur des Rechts oder der Klage, das Recht, resp. die Klage, gerade von einem bestehenden factischen Zustande, oder von dem Fortbestehen des Besitzes abhängig ist[2]). — Eine Folge dieser unbestreitbaren Rechtswahrheiten ist, daß derjenige, welcher sich ein Recht durch thatsächliches Vorschreiten anmaaßt, welches regelmäßig in dem gesetzlich anerkannten Inbegriffe der Rechte der Person eines Anderen enthalten ist, resp. regelmäßig zu den gesetzlich aner-

2) Bethmann-Hohlweg, Versuche über einzelne Theile des Civ. Proc. S. 357 u. f.

Digitized by Google

kannten allgemeinen Rechten des Eigenthums oder Besitzes eines Anderen an einer Sache gehört, in dem Falle, wenn das Eigenthum resp. der Besitz dieses Anderen erwiesen oder anerkannt ist, die Vermuthung gegen sich hat, und daß seine Handlung in so lange als eigenmächtiger, folglich widerrechtlicher Uebergriff in fremde Rechtssphäre erscheinen muß, als nicht von ihm ein besonderer Grund dargelegt wird, welcher seiner Handlung im concreten Falle den Charakter der Erlaubtheit verleiht, und damit den Charakter der Widerrechtlichkeit benimmt. Weber selbst sagt in seinem citirten Werke S. 132: „Wer an Sachen, welche ein Anderer hat, oder an dessen Person gewisse Rechte geltend zu machen, oder die Eigenthumsrechte eines Anderen einzuschränken sucht, muß die Beweise dieser Anmaßungen beibringen, widrigenfalls sich derselben im Wege Rechtens gänzlich enthalten"; und S. 292: „Wer ein gewisses Recht an sich gehörig begründet hat, darf es auch mit allen seinen Folgen und in seinem ganzen Umfange sich zueignen und vom Gegner den Beweis irgend einer Ausnahme oder Einschränkung erwarten. — Böse Absicht bei einer Handlung, Fahrlässigkeit, sind bestimmte rechtliche Eigenschaften, Charaktere einer Handlung, welche in dem Gesinnungszustande des handelnden Menschen beruhen, als Rechtsbegriffe nie direkt bewiesen, sondern nur aus den die äußere That begleitenden Umständen, aus der Natur der Handlung, oder aus besonderen Thatumständen gefolgert werden können. Ebenso der Begriff der Eigenmacht und Widerrechtlichkeit. Widerrechtlichkeit ist nach l. 5. D. ad Leg. aquiliam alles quod non jure factum, contra jus est. Ob dies aber bei einer Handlung der Fall ist, das muß aus dem Charakter der einzelnen Handlung, oder aus der solche begleitenden Umständen mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Gesetze ermessen werden.

Sobald Jemand als Eigenthümer, als juristischer Besitzer einer, ohne das erkennbare Merkmal eines beschränkten Erwerbs erworbenen Sache anerkannt ist, so stehen ihm und bis zum Beweise des Gegentheils, einer Ausnahme, nur ihm allein alle in dem Eigenthum eingeschlossenen, resp. alle aus dem Besitze

Digitized by Google

fließenden gesetzlichen Rechte und Rechtsfolgen uneingeschränkt zu. Jede Handlung eines Anderen, wodurch dieser sich im Wege thatsächlichen Vorschreitens ein Recht anmaßt, welches im Allgemeinen als Ausfluß des Eigenthums, resp. des Besitzes eines Anderen, gesetzlich anerkannt ist und erscheint, ist darum an und für sich und durch sich selbst mit Nothwendigkeit in so lange für eine eigenmächtige und folglich rechtswidrige anzusehen und zu erkennen, als bis derjenige, der sich eine solche in die natürlichen und gesetzlichen Rechte des Eigenthümers, resp. Besitzers, übergreifende Handlung angemaßt hat, den besonderen ihm zur Seite stehenden Berechtigungsgrund — als Ausnahme von der Regel bezeichnet und beweißt, welcher seiner Handlung den Charakter der Widerrechtlichkeit benimmt. Jedem der Kläger, welcher auf den Grund einer behaupteten widerrechtlichen Verletzung oder Entziehung seiner Sache, oder seines Besitzes einen Anspruch auf Wiederherstellung, resp. Schadensersatz, vorbringt, den Beweis seines, ohne das erkennbare Merkmal eines beschränkten Erwerbs erworbenen Eigenthums, resp. Besitzes, erbracht hat, oder ihm sein Eigenthum, resp. sein Besitz, anerkannt ist, ist damit von selbst auch die Widerrechtlichkeit der Handlung des Beklagten, wodurch dieser sich ein nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in dem Eigenthum, resp. in den Rechten des Besitzes des Klägers enthaltenes Recht, angemaßt hat, nach allgemeinen Rechtsprincipien dargelegt. Zum Nachweise der Widerrechtlichkeit der Handlung des Beklagten braucht also der Kläger nichts weiter zu beweisen, und namentlich nicht den Beweis der reinen Negation zu erbringen, daß er dem Beklagten keinerlei Bewilligung gemacht, welche dessen Angriffshandlung auf seine, des Klägers, Sache den Charakter der Widerrechtlichkeit zu benehmen geeignet wäre. Insbesondere mich zu den possessorischen Interdicten und der Spolienklage wendend, so hat der Kläger, wenn er wegen rechtswidriger Störung oder Entziehung seines juristischen Besitzes klagt, nur zu beweisen, wenn dieses nicht zugegeben ist, daß er im juristischen Besitze der streitigen Sache sich befinde, resp. sich befunden habe, und der Beklagte eine

Digitized by Google

seinen Besitz gewaltsam störende, resp. aufgehoben habende Thathandlung vorgenommen, resp. ihm die Sache entzogen habe. Gewaltsam ist aber nach dem Sinne der Gesetze — wenigstens beim Interdictum uti possidetis und der Spolienklage — jede gegen den Willen des Besitzers unternommene Handlung. Als gegen den Willen des Besitzers — eigenmächtig — unternommen, muß aber ein jeder Angriff auf den Besitz eines Anderen gelten, sobald der Besitzer die Handlung für eine gegen seinen Willen unternommene bezeichnet, so lange der Beklagte nicht den Beweis der Zustimmung des Klägers erbringt, weil eine Entäußerung eines Rechts, ein Verzicht, nie ohne Beweis angenommen werden darf.

Keine Gesetzesstelle spricht davon, daß in derartigen Fällen der Kläger auch noch zur Begründung seiner Klage die Widerrechtlichkeit des Angriffs des Beklagten besonders zu beweisen habe.

Die l. 11. D. de vi sagt im Gegentheil: vim facit, qui non sinit, possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. Diese Stelle sagt doch wohl ganz deutlich, daß jede Angriffshandlung auf eine im Besitze eines Anderen befindliche Sache, wodurch die beliebige Dispositionsmöglichkeit des Besitzers gehindert ist, für eine gewaltsame, und somit für eine unrechtliche Handlung angesehen werden solle.

Die Widerrechtlichkeit der Besitzstörung, resp. Entsetzung, bedingt allerdings die Zulässigkeit eines possessorischen Interdicts, resp. der Spolienklage. Die Klage fällt daher weg, wenn die Besitzstörung mit Genehmigung des Besitzers erfolgte. Die gewaltsame, d. h. gegen den Willen des Besitzers, ohne dessen Zustimmung unternommene Störung, resp. Entziehung des Besitzes, bildet sonach eine thatsächliche Voraussetzung der Zulässigkeit eines Interdicts, sowie der Spolienklage. Diese Widerrechtlichkeit muß also in jedem Falle in rechtlicher Gewißheit stehen, wenn der Klage soll statt gegeben werden können. Den=

Digitized by Google

noch aber verlangt kein Gesetz und kann kein Gesetz verlangen, daß der Kläger außer dem Beweise seines habenden, resp. gehabten juristischen Besitzes und der solchen verletzenden, resp. aufhebenden späteren Handlung des Beklagten noch besonders beweise, daß die Handlung des Beklagten eine widerrechtliche sei, eben weil die Eigenmächtigkeit und folglich die Widerrechtlichkeit der angeklagten Handlung in so lange von selbst und in Folge der Natur dieser Handlung solcher anklebt, als nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund auf Seiten des Klägers behauptet und bewiesen ist. Ein bloses Behaupten des Beklagten, er habe nicht widerrechtlich den Besitz gestört, resp. entzogen, kann ohne specielles Anführen von Thatumständen, welche der Handlung den Charakter der Erlaubtheit geben, nicht beachtet werden, weil ein thatsächlicher Eingriff in den gesetzlichen Umfang der Besitzrechte eines Anderen an und für sich und durch sich selbst als widerrechtlich in so lange erscheint und dasteht, als nicht ganz besondere für sich bestehende Thatumstände der nach allgemeiner Rechtsanschauung rechtswidrigen Handlung des Beklagten den Charakter der Rechtswidrigkeit benehmen. Ein solcher besonderer Thatumstand muß von dem Beklagten besonders angeführt und bewiesen werden, er bildet einen indirecten Gegenbeweis, gerade so wie der Einwand des Beklagten, daß der Besitz des Klägers ihm, dem Beklagten, gegenüber vi oder precario angefangen habe, eine von ihm zu beweisende Einrede bildet [3]).

Es ist daher sehr richtig, wenn Schmitt in seinem Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Einreden den Grund der Spolienklage in eine unrechtmäßige Entziehung des Besitzes setzt, wenn er bemerkt, der Kläger habe in seiner Klage anzuführen, daß er die Sache zur Zeit der Beraubung besessen habe, daß ihm der Besitz entzogen worden, und daß dieses unrechtmäßig geschehen sei, dagegen unter den Einwendungen des Beklagten

3) Savigny, Besitz §. 38. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II. S. 190.

Digitized by Google

die Behauptung zählt, daß Kläger sich selbst des Besitzes begeben, daß er mit dem, was geschehen, zufrieden gewesen.

Ein Verzicht auf einen Bestandtheil eines Rechtes kann nicht vermuthet, muß darum stets von demjenigen, der solchen zu seinen Gunsten behauptet, bewiesen werden, und somit auch die behauptete Einwilligung zu einem Uebergriff in das Rechtsgebiet eines Anderen.

Diese meine Auffassung steht ganz im Einklange mit der Ansicht der Gesetze. Die l. 6. Cod. de dolo sagt: Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. L. 1. Cod. de Sicar. sagt: qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse, remissa homicidii poena secundum disciplinam militarem sententiam proferat. L. 8. C. de injuriis: Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit.

Art. 141. der P. G. O. verpflichtet den Urheber eines Verbrechens, wenn er sich zur Entschuldigung der That auf Nothwehr beruft, zum Beweise des stattgehabten Nothstandes. Glück im Commentar Bd. IV. S. 111 sagt: Bei jeder an sich unerlaubten Handlung wird die böse Absicht vermuthet, wenn nicht ihr Urheber eine scheinbar unschuldige Ursache davon angeben kann.

In den citirten Gesetzen drückt sich der Grundsatz aus: Wer eine Handlung begeht, die ihrem äußeren Charakter nach als Eingriff in die Rechte eines Anderen erscheint, wird der widerrechtlichen Rechtsverletzung in so lange als schuldig angesehen, bis er Umstände nachzuweisen im Stande ist, die seine Handlung zu rechtfertigen, zu entschuldigen geeignet sind.

Muß derjenige, der einen anderen verwundet, wenn er sich mit der Behauptung, er habe aus Nothwehr gehandelt, entschuldigt, den Nothstand, in welchem er sich befunden, beweisen, widrigenfalls er der widerrechtlichen Körperverletzung schuldig erkannt wird, so muß auch derjenige, welcher sich Säcke aneignet, welche im zugestandenen Eigenthume, wenigstens Besitze, eines Anderen sind, der widerrechtlichen Aneignung ohne weiteren

Digitized by Google

Beweis schuldig erkannt werden, wenn er nicht einen Thatumstand behaupten und beweisen kann, der seiner Handlung des Uebergriffs in ein fremdes Rechtsgebiet den Charakter der Widerrechtlichkeit zu entziehen geignet ist.

Ganz mit diesen hier ausgesprochenen Ansichten im Einklange steht die Aeußerung Vorst's in dem citirten Werke: der Angreiser muß das Nichtsein einer Thatsache nur dann beweisen, wenn dasselbe als ursprüngliche Bedingung der Rechtsentstehung erscheint, §. 27, und seine weitere Aeußetung, §. 91: hinsichtlich einer jeden rechtserzeugenden Thatsache muß der Kläger auch das Nichtsein aller widersprechenden Merkmale beweisen. Allein diesen verneinenden Beweis hat der Kläger geliefert, wenn er die Thatsachen, wovon sein Eigenthumserwerb abhängt, bewiesen hat, und dabei von einem Merkmale der Beschränkung nichts vorkommt. Unter dieser Voraussetzung erscheint er als voller unumschränkter Eigenthümer. Macht nun ein Anderer auf dieselbe Sache Ansprüche, so muß er diese Ansprüche eben so beweisen, wie jener die seinigen erwiesen hat.

Wären die von mir hier vertheidigten Sätze nicht richtig, so müßte man demjenigen, der von einem Anderen thätlich mishandelt, oder welchem die Fenster seines Hauses eingeschlagen worden, wenn er den Thäter mit der actio ex lege aquilia auf Schandens-Ersatz belangt, und dieser ihm den Einwand entgegensetzt, er habe seine Handlung nicht eigenmächtig, nicht widerrechtlich vorgenommen, der Kläger habe ihn vor den Schlägen, die er demselben gegeben, zuerst geschimpft, resp. aus seinem Fenster auf ihn geworfen, zur Begründung seiner Klage auch den Beweis auferlegen, daß er den Beklagten nicht zuerst geschimpft, resp. nicht zuerst aus dem Fenster gegen den Beklagten geworfen habe. Wer möchte es aber unternehmen, eine solche dem Kläger zu machende Beweisauflage in Schutz zu nehmen? Das thatsächliche Mishandeln eines Anderen, das Einschlagen der Fenster gerade so wie das Wegnehmen fremder Sache, sind als Eingriffe in ein fremdes Recht an und für sich widerrechtliche Handlungen, zur Begründung eines hierauf zu

Digitized by Google

stützenden Schadensersatz-Anspruchs, bedarf es deßhalb auf Seiten des Klägers nicht noch eines besonderen Beweises der Widerrechtlichkeit der angeklagten Handlungen, daß der Beklagte dolose oder fahrlässiger Weise, resp. eigenmächtig, gehandelt habe, der Beklagte muß vielmehr der widerrechtlichen Verletzung schuldig und zum Schadens-Ersatze verpflichtet erkannt werden, wenn er nicht besondere Exculpations-Gründe anführen und als abgesonderte That-Umstände beweisen kann, welche im concreten Falle ihn zur Vornahme jener angeklagten Handlungen berechtigten.

Nach den vorstehenden Ausführungen war es darum m. E. ungerechtfertigt, daß in der erwähnten Proceßsache in der Appellations-Instanz der dem Kläger gemachten Beweisauflage noch der besondere Zusatz beigefügt wurde, daß der Beklagte sich „eigenmächtig" die in Frage stehenden Säcke angeeignet habe. Dem Richter bliebe es zwar auch bei dieser Beweisauflage unbenommen, nach beendigtem Beweißverfahren aus den bewiesenen Umständen die zu beweisende Eigenmächtigkeit der Handlung der Wegnahme der Säcke durch Schlußfolge zu abstrahiren, als bewiesen anzunehmen, allein er durfte nach dieser Beweisauflage auf den Grund des einfachen Abläugnens jeder Verwilligung von Seiten des Klägers die Eigenmächtigkeit der Besitzergreifung der Säcke durch den Beklagten nicht mehr als erwiesen annehmen, vielmehr war er nur dann dazu berechtigt, wenn der Kläger noch weitere besondere That-Umstände angeführt und bewiesen hatte, welche den Schluß auf Eigenmächtigkeit der Besitzergreifung des Beklagten noch besonders rechtfertigten. Dem Kläger war also in jedem Falle ein besonderer Beweis aufgebürdet, welchen er m. E. zu führen nicht verpflichtet war.

Digitized by Google

V.

Vom nudum praeceptum testatoris und von der Vollziehung letztwilliger Anordnungen besonders durch Testaments-Executoren.

Vom

Oberappellationsrath Dr. Chr. Fr. Elvers.

Die Direction der „für die Kurhessische Civil-Dienerschaft errichteten Wittwen- und Waisen-Anstalt" tritt gegen den Vormund der Kinder des verstorbenen Amtmannes N. zu W., den Johann Philipp B. in H., klagend auf und verlangt die Zurückzahlung der irrthümlich gezahlten Pensionen, indem es sich herausgestellt habe, daß die gedachten Waisen von ihrer Großtante

1) Der Rechtsfall, welcher zur nachfolgenden Erörterung die Veranlassung gab, ist nebst dem Gutachten des Referenten und der Entscheidung des Appellationsgerichtes zu Cassel, auch in dem neuesten Hefte der „Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen", 3. Jahrg. Nr. 4, S. 205 ff.: „Ueber die Frage ob der Testaments-Executor auch über die Beobachtung solcher und zwar unmotivirter letztwilliger Verbote zu wachen habe, die nur im Interesse der Honorirten selbst, nicht eines Dritten getroffen sind?" mitgetheilt worden. Unsere dortige Begutachtung, welche der Entscheidung des Oberappellations-Gerichtes zum Grunde liegt, ist bei dem wissenschaftlichen und praktischen Interesse des Falles und der durch denselben berührten Rechtslehren im Nachfolgenden weiter ausgeführt und nach allen Seiten hin näher zu begründen versucht.

Digitized by Google

Marie Gertrude B. mit einem ansehnlichen Vermächtniß bedacht gewesen seien, und der Umstand, daß nach dem Testamente der gedachten B. die Zinsen des legirten Vermögens bis zur Volljährigkeit der Honorirten zum Capital geschlagen werden sollten, nicht berechtige, auf diese den §. 18. der Statuten der gedachten Anstalt vom 20. Nov. 1823 anzuwenden und demgemäß sie als solche zu behandeln, „welche mit den Mitteln zum standesmäßigen Unterhalte nicht versehen seien". Uebrigens erhellt aus dem der Klage beigefügten Testamente der verstorbenen Marie Gertrude B., daß der belangte Vormund, Johann Philipp B., ein Bruder der Testatorin, von ihr zum Testaments=Executor ernannt worden ist.

Das Justizamt zu W. weist die Klage zurück, da nur wirklich gezogene Einkünfte in Rechnung gebracht werden dürften, zu jenen aber die zu capitalisirenden Zinsen nicht gehörten. Auch das Obergericht zu Fulda erklärt in seinem, die Beschwerde der klagenden Direction zurückweisenden Decrete, „daß als Mittel zum Unterhalte diejenigen Zinsen eines Capitals nicht angesehen werden könnten, deren Verwendung zur Zeit ein rechtliches Hinderniß entgegenstehe, was vorliegend der Fall sei, da die fraglichen Zinsen nach unangefochtener testamentarischer Bestimmung während der Minderjährigkeit der verklagten Curanden nicht zur Verwendung kommen könnten".

In der Rechtfertigung ihrer beim Oberappellationsgericht zu Cassel fortgesetzten Beschwerde sucht die klagende Direction auszuführen, daß eine lediglich im Interesse der honorirten Personen selbst getroffene testamentarische Bestimmung den Charakter eines bloßen Rathes und Wunsches ohne rechtliche verbindende Kraft habe, weshalb es eine freie Ermessenssache des Vormundes sei, ob er die fraglichen Zinsen zu Capital schlagen, oder zum standesmäßigen Unterhalte seiner Mündel verwenden wolle, ebendeßhalb aber auch nicht mit dem Obergerichte angenommen werden könne, daß der Verwendung in letzterer Beziehung ein rechtliches Hinderniß entgegenstehe. Zugleich wird

Digitized by Google

Bezug genommen, auf einen von Linde[2]) mitgetheilten gleichartigen Fall, in welchem ein Oheim seinem minderjährigen Neffen 36000 fl. mit der Bestimmung vermacht hatte, „daß diese Summe von zwei Administratoren bis zur erfolgten Großjährigkeit der Neffen verwaltet, auf hinreichende Sicherheit angelegt und die einkommenden Zinsen bis zur erlangten Großjährigkeit besagter Legatarien zum Capital aufwachsen sollten", von einem „Universitäts-Spruchcollegium" (vermuthlich der Juristenfacultät zu Gießen) aber im Widerspruch mit den beiden vorhergehenden Instanzen ausgeführt worden war, daß es sich in Beteff der angeordneten Capitalisirung der Zinsen um ein, der Rechtskraft entbehrendes *„nudum praeceptum"* handle.

Der Entscheidung des hier vorliegenden Rechtsfalles Seitens des Oberappellationsgerichtes zu Cassel lassen wir nachfolgende Erörterungen der Lehre vom nudum praeceptum und von der Vollziehung letztwilliger Anordnungen, besonders durch Testaments-Executoren, vorhergehen.

Der Bemerkung Linde's[3]), daß die Lehre vom nudum praeceptum in ihrer theoretischen und praktischen Entwicklung noch wenig ausgebildet sei, müssen wir durchaus beipflichten, und bedauern, daß seine Aufforderung zu einer gründlichen Erörterung dieser Lehre bis dahin noch wenig Beachtung gefunden hat. Wenn auch die älteren Rechtslehrer den allgemeinen Grundsatz des *Bartolus: „nudum praeceptum testatoris non valet"*, in Uebereinstimmung mit den betreffenden Stellen des Römischen Rechts, namentlich der l. 114. §. 14. D. 30, *de legatis I*, und der l. 38, §. 4, und der l. 93. D. 32, *de legatis* III, vorzugsweise auf die testamentarischen Veräußerungsverbote bezogen, und hier zwischen rechtlich wirksamen und unwirksamen Verboten

2) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. V, (1832) Nr. 18, S. 253 ff.: „Ueber Bedingung, Modus und nudum praeceptum in einer letztwilligen Disposition".

3) A. a. O. S. 253.

Digitized by Google

unterschieden [4]), auch den Satz festhielten, daß nur ein unmotivirtes Verbot als unwirksames nudum praeceptum angesehen werden könne [5]); so gelangte doch die Theorie vom nudum praeceptum bei den ältern Rechtslehrern zu keinem Abschlusse. In späterer Zeit war es besonders Pufendorf [6]), der, durch einen von ihm mitgetheilten Rechtsfall veranlaßt, obige Gesetzesstellen wieder in Erinnerung brachte, und den Satz von der Unverbindlichkeit des nudum praeceptum testatoris als einen noch geltenden bezeichnete. Allein die neueren Theoretiker, wenn sie jenes Satzes gedachten, begnügten sich meistens unter Berufung auf Pufendorf, das nudum praeceptum als eine solche Auflage zu bezeichnen, „bei welcher Niemand angegeben sei, zu dessen Vortheil sie gereichen solle“ [7]).

In Widerspruch mit dieser Auffassung des nudum praeceptum, als einer Auflage, an deren Erfüllung Niemand ein Interesse habe, und die eben deßhalb unverbindlich sei, steht aber, was andere angesehene Rechtslehrer über die Rechtsverbindlichkeit des, das Interesse des Erben nicht berührenden *Modus* im Hinblick auf die l. 19. D. 32, *de legatis* III, lehren. So sagt Göschen [8]): „ob der Erbe an der Erfüllung des Modus ein eignes Interesse hat, oder nicht, darauf kommt

---

4) S. z. B. *Sim. de Praetes.* de interpretatione ultimarum voluntatum IV, 4. *Augustini Barbosae* thesaurus locorum communium, Edit. V. *Rössingeri,* L. I, cap. 12, §. 13.

5) *Dion. Gothofredus* ad l. 93. D. 32, *de legatis* II: „Nudum dicitur, quod nullam praecepti rationem habet“.

6) Observationes, T. II, Obs. 90.

7) S. z. B. Schweppe, Römisches Privatrecht, 3. Ausg. §. 886, 4. Ausg. von Meier, Bd. V, §. 886. S. 277; von Wening-Ingenheim, gemeines Civilrecht, 5. Ausg. v. Fritz, Bd. III, §. 509, S. 371; Mühlenbruch Forts. von Glück, Commentar, Bd. XLIII, S. 392: „Ist die Auflage von der Art, daß ein verständiges Interesse bei ihrer Erfüllung für Niemanden ersichtlich ist, und nicht etwa der Erwerb des Rechts selbst dadurch bedingt, so bleibt sie als nudum praeceptum auf sich beruhen“.

8) Gemeines Civilrecht, herausg. von Errleben, Bd. III, §. 821, S. 114.

Digitized by Google

es nicht an; der Erbe vertritt das Interesse des Verstorbenen", und von Savigny[9]): „Ein eignes Interesse an der Erfüllung (des Modus) braucht der Erbe nicht nachzuweisen; der Wille des Erblassers ist als sein wohlbegründetes Interesse zu betrachten". Mit dieser Auffassung stimmt auch eine ältere, von Pfeiffer[10]) mitgetheilte Entscheidung des Oberappellations-Gerichtes zu Cassel überein, welche die Auflage, den Namen des Testators anzunehmen, für einen den Legatar verpflichtenden Modus, für dessen Erfüllung der Erbe Caution verlangen könne, erklärt. Pfeiffer hat jedoch unterlassen, in seiner vorausgeschickten Erörterung „des wesentlichen Unterschiedes und der Kennzeichen des *Modus* und der *Conditio*, insonderheit bei Legaten" darzulegen, weshalb jene Auflage der Namensannahme nicht unter den Begriff des nudum praeceptum falle, wie es doch nach der gewöhnlichen Doctrin den Anschein gewinnt. Auch nach der Ausführung von Linde[11]): „daß in Fällen, wo an der Erfüllung des Modus kein Dritter Interesse habe, es von dem Honorirten abhange, ob er ihn erfüllen wolle oder nicht, da in solchen Fällen der Modus eigentlich ein nudum praeceptum sei, wogegen man handeln dürfe, ohne sich dem Vorwurfe auszusetzen, contra voluntatem defuncti im juristischen Sinne angestoßen zu haben", hätte das Oberappellationsgericht in jenem Falle, gewiß im Widerspruche schon mit dem bloßen Rechtsgefühl, aussprechen müssen, daß ein Legatar, dem etwas mit der Auflage vermacht ist, zu seinem Namen auch den des Testators hinzuzufügen, zur Erfüllung dieses, ein fremdes Interesse nicht berührenden und deßhalb als nudum praeceptum zu betrachtenden Modus nicht verpflichtet sei. Von diesem Standpunkte aus mußte Linde denn auch die Entscheidung der Facultät in dem oben gedachten Falle gerechtfertigt finden, ob-

---

9) System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, S. 234.
10) Praktische Ausführungen, Bd. I, Nr. 4, S. 24 ff.
11) A. a. O. S. 267.

Digitized by Google

schon er selbst hinzufügt [12]), daß zur Vermeidung jeder Inconvenienz es räthlich gewesen wäre, wenn man die Universal-Erbin aufgefordert hätte, zu erklären, ob und welche Einsprüche sie gegen die Nichtbefolgung der dem Legate zugefügten Modificationen machen zu können glaube, und wenn darüber erforderlichen Falles rechtlich erkannt worden wäre.

Wenden wir uns nunmehr zur nähern Erwägung der hier einschlagenden Gesetzesstellen, so ist es kaum begreiflich, wie auch nur bei einer oberflächlichen Betrachtung derselben aus ihnen jene gewöhnliche Theorie vom nudum praeceptum hat abgeleitet werden können, zumal schon *Gothofredus* in einer wesentlichen Beziehung die richtige Begriffsbestimmung vorbereitet, und darauf hingedeutet hatte, daß es sich hier um unmotivirte Auflagen handle: „*nudum* dicitur, *quod nullam praecepti rationem habet*".

Die hier in Betracht kommende Hauptstelle ist die aus *Marcianus*, lib. VIII institutionum in der l. 114, §. 14. D. 30, *de legatis I*:

> *Divi Severus* et *Antoninus* rescripserunt, eos, qui testamento *vetant, quid alienari, nec causam exprimunt*, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi *nudum praeceptum* reliquerint, *quia talem legem testamento non possit dicere*.

Es handelt sich hier von einem Veräußerungs-Verbote, das unter zwei Voraussetzungen unter den Gesichtspunkt eines pro non scripto zu achtenden nudum praeceptum testatoris fällt, nämlich erstens, wenn die *Causa*, der Grund des Verbotes nicht ausgedrückt worden ist, und zweitens, wenn sich keine Person findet, in deren Berücksichtigung der Testator so disponirt hat. Zwei Stellen aus *Scaevola*, lib. XIX. digestorum und lib. III. responsorum in der l. 38. und l. 93 pr. D. 32, *de*

12) A. a. O. S. 268, Note 1.

Digitized by Google

legatis III, dienen besonders zur Veranschaulichung dieses zunächst hinsichtlich der Veräußerungsverbote aufgestellten Grundsatzes.

In der l. 38. pr. wird folgenden Falles gedacht:

> Pater filium heredem praedia alienare, seu pignori ponere prohibuerit, sed conservari liberis ex justis nuptiis et caeteris cognatis fideicommiserat.

Hier ist das Veräußerungsverbot mit einem Familienfideicommiß verbunden und daher kein pro non scripto zu achtendes nudum praeceptum, da theils die Causa des Verbotes ausgesprochen ist, daß die Grundstücke den ehelichen Kindern und übrigen Cognaten erhalten würden, theils auch die Personen ersichtlich sind, in deren sichtbarem Interesse der Testator so disponirt hat, nämlich eben die Descendenten und Verwandte, zu deren Gunsten durch jenes motivirte Veräußerungsverbot ein stillschweigendes Fideicommiß errichtet worden ist[12]).

Von ähnlicher Bedeutung ist das Veräußerungsverbot zu Gunsten der Familia im weitern Sinne, wornach diese auch die den Namen des Patrons führenden Liberti mitumfaßt, wie *Papinianus* lib. VIII responsorum in der l. 77. §. 15. D. 31, *de legatis* II, von einem Fideicommiß von Grundstücken zu Gunsten der *Liberti*, mit dem Verbote: „*ne ex nomine familiae alienarentur*", handelt. Auf diesen Fall gehen auch §. 1. u. 2. der obigen l. 38. von Scävola, nach denen in dem Verbote

12) In §. 15 und 16 der obigen l. 114. D. 30 von Marcian wird gleichfalls eines mit einem Veräußerungsverbote eingeleiteten gewöhnlichen Familienfideicommisses gedacht, eines fideicommittere filio herede instituto: „ne fundum alienaret, et ut in familia relinqueret". In l. 69. §. 3. D. 31, handelt auch *Papinianus* lib. 19. quaestionum von dem Falle: „fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur", in welchem Falle alle Mitglieder der Familie, selbst die Emancipirten, ein Klagrecht hätten, jedoch so, „ut proximus quisque primo loco videatur invitatus", vorausgesetzt, „si paratus sit cavere, se familiae domum restiturum". S. a. *Modestinus* lib. 9 regularum in l. 32 §. 6 D. 31, und die Decision Justinians in der l. 5 C. 6, 38, *de verborum et rerum significatione*.

Digitized by Google

des fundum oder aedificium *de nomine meo exire*, ebenfalls ein Fideicommiß zu Gunsten aller Genossen des nämlichen Nomen familiare zu finden ist, weshalb in dem Falle des §. 1 cit., wo der instituirte Libertus Stichus seinen Antheil an dem fraglichen Fundus Cornelianus der durch sein Testament manumittirten Arescusa legirt hatte, der Eros und die übrigen Conliberti des Stichus mit ihrer Klage aus dem Fideicommiß offensichtlich nur deßhalb zurückgewiesen werden, weil die Arescusa als Liberta des Stichus ebenfalls das Nomen familiare des ursprünglichen Stifters des Fideicommisses führt, und daher eine Verletzung des Fideicommisses und Ueberschreitung des Veräußerungsverbotes nicht vorliegt.

Der Zweck, ein Besitzthum der Familie im engern oder weitern Sinne zu erhalten und dem Veräußerungsverbote indirect die Bedeutung eines angeordneten Familienfideicommisses zu verschaffen, konnte aber nach §. 3 der l. 38 cit. auch dadurch erreicht werden, daß für den Fall der Veräußerung das Grundstück einem Fremden, z. B. den Fiscus zugesichert wurde, in welchem Falle aber sowohl das directe Interesse dieses Fremden, als das indirecte der Familien-Glieder dem Verbote die Bedeutung eines nudum praeceptum entzog [14]).

Ganz anders verhält es sich aber mit einem einfachen Veräußerungsverbote, hinsichtlich dessen aus dem Testamente nicht zu entnehmen ist, daß es in Berücksichtigung der Familie, oder irgend eines Dritten gegeben worden ist, indem ein solches, wenn es auch noch so entschieden ausgesprochen worden ist, doch

---

14) L. 38, §. 3 cit. „Fundum a filio, *quoad vixerit*, voluit venundari, donari, pignorari; et haec verba adjecit: Quod si adversus voluntatem meam facere voluerit, *fundum Titianum ad fiscum pertinere; ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro unquam exeat*“. Da das Veräußerungs-Verbot sich nur auf die Lebenszeit des Sohnes erstreckte, so war er, ungeachtet der unrichtig gezogenen Schlußfolgerung des Testators, daß das Grundstück niemals aus der Familie herausgehen werde, berechtigt, dasselbe durch Testaments-Errichtung an Fremde zu bringen. — Auf einen ähnlichen Fall geht auch die l. 38. §. 5 cit.

Digitized by Google

nur die Bedeutung eines wirkungslosen nudum praeceptum hat, eben weil hier die Angabe des Grundes fehlt, und Niemand zu ersehen ist, in Berücksichtigung dessen das Verbot gegeben worden; so daß aus einem derartigen Verbot ein Familienfideicommiß nicht zu folgern steht. Hierauf gehen zwei Aeußerungen Scävola's, nämlich sowohl der §. 4. der l. 38 cit.:

> Julius Agrippa primipilaris testamento suo cavit: *ne ullo modo reliquias ejus et praedium suburbanum aut domum majorem heres ejus pignoraret, aut ullo modo alienaret.* Filia ejus heres scripta heredem reliquit filiam suam, neptem primipilaris, quae easdem res diu possedit, et decedens extraneos instituit heredes. Quaesitum est, an ea praedia extraneus heres haberet, an vero ad Juliam dominam, quae habuit patruum majorem Julium Agrippam, pertinerent? Respondi, *cum hoc nudum praeceptum est,* nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, quo minus ad heredes pertinerent;

als auch die oben genannte l. 93 pr. D. 32:

> Lucius Titius testamento suo cavit, *ne ullo modo praedium suburbanum aut domum heres alienaret;* filia ejus heres scripta heredem reliquit filiam suam, quae easdes res diu possedit, et decedens extraneos heredes instituit. Quaesitum est, an praedia pertinerent ad Juliam, quae Lucium Titium testatorem patruum majorem habebit? Respondit, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, quo minus ad heredem pertineret, *cum hoc nudum praeceptum est.*

In ähnlicher Weise ist ein unverbindliches nudum praeceptum, und keine rechtsgültige Errichtung eines Familienfideicommisses aber auch dann anzunehmen, wenn das Veräußerungsverbot nur zu Gunsten der Erb-Succession überhaupt angeordnet ist, ohne daß die Glieder der Familie, oder andere bestimmte Personen als die durch das Verbot Begünstigten sich herausstellen.

Dieses Falles gedenkt Scävola in dem §. 7. der l. 38 cit.:

> Mater filios heredes scripserat, et adjecit: praedia,

Digitized by Google

quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, *nulla ex causa abalienent, sed conservent successioni suae*, deque ea re invicem sibi caverent. Ex his verbis quaesitum est, *an praedia per fideicommissum relicta videantur?* Respondit, *nihil de fideicommisso proponi*.

Wenn nun aber auch die Stellen, welche das nudum praeceptum ausdrücklich oder stillschweigend erwähnen, alle nur von unverbindlichen Veräußerungsverboten im Gegensatz von rechtsgültigen, mit einem Fideicommiß verbundenen, handeln, so folgt doch daraus nicht, daß das nudum praeceptum nur als Veräußerungsverbot in Betracht kommt. Marcian in der obigen l. 114. §. 14. D. 30. bezeichnet jenes Verbot der Veräußerung ohne Angabe der Causa und ohne Bezeichnung der Personen, in deren Berücksichtigung von den Testatoren so verfügt worden sei, auch deßhalb als nudum praeceptum „*quia talem legem testamento non possunt dicere*"; so daß die Unwirksamkeit eines derartigen Veräußerungsverbotes auf ein allgemeines Princip, auf eine durchgreifende Beschränkung der testamentarischen Dispositionsfreiheit zurückgeführt wird. — In Ermangelung näherer Angaben über den Grund und die Bedeutung dieser Beschränkung werden wir auf den Schutz hingewiesen, deren die Libertas überhaupt im Römischen Rechte sich erfreut, so daß so wenig, als die Libertas rei durch Servituten, den Libertas personae durch Obligationen ohne Grund, d. i. ohne ein obwaltendes Interesse beschränkt werden darf. „Inventa sunt stipulationes vel obligationes", heißt es im §. 19. J. 3, 20. *de inutilibus stipulationibus*, „ad hoc, *ut unusquisque adquirat sibi, quod sua interest*". Hieraus folgt denn auch, daß es dem Testator nicht gestattet wurde, die persönliche Freiheit des Erben oder Legatars ohne eignes oder fremdes, von ihm begünstigtes Interesse zu beschränken, und er ihm Veräußerungen oder andere in seiner persönlichen Willensfreiheit begründete Handlungen nicht verbieten durfte, welche weder sein, des Testators, eignes, noch ein fremdes Interesse berührten. Zwar könnte man versucht sein anzunehmen, daß ein solches Interesse bei jedem Verbot

Digitized by Google

des Testators vorauszusetzen sei. Allein eben weil er leicht einen bloßen Rath oder Wunsch, den er im Interesse des Honorirten selbst aussprechen wollte, in die Form eines Verbotes einkleiden konnte, erschien es nothwendig, dem Testator zur Pflicht zu machen, sein etwaiges eignes Interesse besonders darzulegen, oder, wie Marcian in der obigen l. 114. §. 4. D. 30, verlangt, den Grund, die *Causa* seines Verbotes auszudrücken. Bei Schenkungen unter Lebenden trat jene Voraussetzung nicht ein, und es bedurfte daher hier keiner besondern Motivirung, weßhalb auch der Beschenkte ein nicht motivirtes Veräußerungsverbot nicht als ein nudum praeceptum beseitigen konnte, sondern der Schenker und die Erben desselben es als *Conditio* geltend machten [15].

Wo nun aber nicht die Unterlassung einer Handlung, welche an sich in der natürlichen Handlungsfreiheit des Erben oder Legatars begründet ist, in Frage steht, sondern der Testator von ihm eine positive Thätigkeit verlangt, wo es sich, mit andern Worten, nicht von einem Verbote, sondern von einem Gebote des Testators handelt, da stellt sich die Sache insofern etwas anders heraus, als hier auch vom Testator die Darlegung des Grundes, der *Causa* des Verlangens nicht gefordert, sondern das eigne Interesse des Testators hier wie bei Dispositionen unter Lebenden so lange vermuthet wird, als nicht aus den Umständen gefolgert werden darf, daß der Testator nur das Interesse des Honorirten selbst im Auge gehabt hat, und sein Befehl daher nur als Ausdruck eines Rathes oder Wunsches aufzufassen sei; ähnlich wie bei Liberalitäts-Erweisungen unter Lebenden aus den Umständen zu entnehmen ist, ob der Befehl als rechtsverbindliche *Conditio*, oder als bloße

---

15) Impp. *Valerianus* et *Gallienus*, in l. 3 C. 4, 6, *ob causam datorum*: „Ea lege in vos collata donatio, *ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret*, id efficit, ne alterutrum vestrum dominium prorsus alienet: vel ut donatori, vel ejus heredi condictio, si non fuerit *conditio* servata, quaeratur".

Digitized by Google

Causa aufzufassen sei[16]). — In der Regel wird auch bei testamentarischen Anordnungen aus der Beschaffenheit der gebotenen Handlung das persönliche Interesse des Testators sich von selbst ergeben, so daß es schon dieserhalb einer besondern Darlegung nicht bedürfen würde, wie z. B. wenn der Testator Anordnungen zur Ehre und Erhaltung seines Namens und Gedächtnisses trifft, weßhalb ein derartiges Legatum sub modo ohne weiteres rechtsverbindlich ist[17]).

Dennoch ist nicht zu übersehen, daß ein wesentlicher Unterschied obwaltet, je nachdem ein directes Interesse des Erben oder irgend eines Dritten, oder nur das eigne Interesse des Testators vorliegt, welches Letztere auf die gehörige Beerdigung des Leichnams und damit nach antiker Anschauung auf die Ruhe der abgeschiedenen Seele[18]), auf die Bewahrung eines ehrenvollen Gedächtnisses, auf die Erziehung und Bevormundung nachgelassener unmündiger Kinder und naher Angehörigen, besonders aber, nach späterer Christ-katholischen Anschauung, auf fromme und milde Stiftungen, piae dispositiones, zur Förderung des ewigen Seelenheiles sich bezog. Nur im erstern Falle des directen Interesses des Erben oder eines Dritten handelt es sich von einer wahren klagbaren *Obligatio*, im letztern Fall des eignen Interesses des Testators bloß von der möglichst aufrecht zu erhaltenden *Auctoritas testatoris*. In dieser Beziehung bemerkt *Pomponius* lib. VIII ad Quintum Mucium in der l. 7. D. 33, 1, *de annuis legatis:*

> In testamentis quaedam scribuntur, *quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur*, *nec obligationem pa-*

16) *Julianus* lib. 60, digestorum, l. 2. §. 7. D. 39, 5, *de donationibus; Ulpianus* lib. 32 ad Sabinum, l. 13. §. 2. d. 24, 1, *de donat. inter virum et uxorem.*

17) *Gajus*, lib. 2. de legatis, l. 17. §. 4. D. 35, 1, *de condition. et demonstrationibus:* „Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, *veluti monumentum testatori*, vel opus aut epulum *municipibus* faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, *sub modo* legatum videtur“.

18) Cfr. Dr. *Rudolphus Elvers*, de rebus religiosis doctrina §. 1—7. Gott. 1851.

Digitized by Google

runt. Haec autem talia, si te heredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias; nullam enim obligationem ea scriptura recipit, *sed ad auctoritatem meam conservandam poteris si velis facere;* aliter atque si coherede tibi dato idem scripsero: nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae erciscundae, uti facias, *quoniam interest illius.* Quin etiam si utrique jussi estis, hoc facere, invicem actionem habebitis.

Allein auch die bloße Auctoritas testatoris ist nicht ohne rechtliche Bedeutung, so daß das nur durch sie Geschützte nicht einem nudum praeceptum gleich steht [10]). Es bleibt jedoch eine freie Beurtheilung der getroffenen Anordnung sowohl nach ihrem sittlichen als materiellen Werth vorbehalten, und in dieser Beziehung bemerkt *Pomponius* in der l. 7 cit. weiter:

Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est, sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

Zunächst ist es der Prätor, welcher derartige, im eignen Interesse des Testators getroffene Anordnungen „ad auctoritatem testatoris conservandam" aufrecht zu erhalten bedacht ist. Handelt es sich um derartige den Legataren oder Fideicommissaren ge-

10) Mühlenbruch, Forts. v. Glück, B. XLIII, S. 391 ff. macht zwar auf diesen Unterschied zwischen dem, was blos Auctoritas hat, und was eine Obligatio begründet, aufmerksam, übersieht aber dabei die Bedeutung des eignen Interesse des Testators und kommt statt dessen nur zu einer allgemeinen unbestimmten Annahme der Wichtigkeit der testamentarischen Auflage und des Wünschenswerthen ihrer Ausführung, in welchem Falle die Obrigkeit für diese sorge. Hiermit hängt denn auch seine oben bereits angezogene Begriffsbestimmung des nudum praeceptum zusammen, wornach ein solches vorhanden sein soll, wenn die Auflage von der Art ist, daß ein verständiges Interesse bei ihrer Erfüllung für Niemanden ersichtlich, und nicht etwa der Erwerb des Rechts selbst dadurch bedingt ist.

Digitized by Google

machte Auflagen, so verweigert er ihnen die Klage aus dem Testamente gegen den Erben, wenn sie nicht diesem zuvor wegen der Erfüllung der Auflage Caution geleistet haben[20]. Dem Erben selbst aber gibt er die Erbschaftsklagen nur, wenn dieser den ihm gewordenen Auflagen nachgekommen ist[21]. — Bieten diese ein religiöses Interesse dar, wie namentlich die Auflage zur Errichtung eines Grabmals, so gewährten die *Pontifices* oder der Kaiser als *Pontifex maximus* die erforderliche Hülfe[22]; während die eigentliche „Voti obligatio" schon als solche auf die Erben überging[23]. In der Christlichen Kaiserzeit erfreuten sich sofort die zu Gunsten der Kirche, so wie die mit Rücksicht auf das eigne Seelenheil getroffenen „piae dispositiones" des kaiserlichen, so wie des bischöflichen Schutzes[24], bis Justinian alle dergleichen fromme Anordnungen ohne weiteres auch für die Erben für vollkommen verbindlich erklärte[25].

---

20) *Valens*, lib. 5 fideicommissorum, l. 19. D. 32, *de legatis* III: „si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi, futurum, quod defunctus voluit, *Nerva* et *Atilicinus* recte putaverunt".

21) *Ulpianus*, lib. 50 ad edict. l. 8. §. 6. D. 28, 7, *de conditionibus institutionum*: „Quoties heres jurare jubetur, daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non aliter habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat jussus jurare".

22) *Papinianus* lib. 6 quaestionum, l. 50 §. 1 in f. D. 5, 3, *de hereditatis petitione*: „Quamvis enim stricto jure nulla tenentur actione heredes ad *monumentum faciendum*, *tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis*". Cfr. l. 2. §. 6, l. 37. §. 1, l. 42. D. 11, 7, *de religiosis*, und Dr. *Rudolpus Elvers*, de rebus religiosis doctrina, Gött. 1851. S. auch v. Savigny, System B. III S. 285 N. h.

23) *Ulpianus* lib. 1 disputat., l. 2. D. 50, 12, *de policitat.*

24) *Constantinus*, l. 1. C. 1, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*; *Valentinianus* et *Marcianus*, l. 24. C. 1, 3, *de episcopis*; *Leo* et *Anthemius* l. 28. pr. C. e. t.

25) L. 46 pr. C. e. t.: „Sancimus, si quis moriens *piam* fecerit *dispositionem*, — — *necessitatem habere heredes id, quod ordinatum est, facere et adimplere omnimodo*".

Digitized by Google

Was nun im Gegensatze von diesen, fremdes oder eignes Interesse des Testators betreffenden Anordnungen diejenigen betrifft, welche, wie aus der Beschaffenheit der Anordnung, oder aus den Umständen deutlich erhellt, nur das Interesse des Honorirten selbst berühren, so entbehren solche Auflagen bei testamentarischen Liberalitäts-Erweisungen so gut, als bei Schenkungen unter Lebenden, aller rechtlichen Wirksamkeit, und haben auch hier nur die Bedeutung eines nudum praeceptum, oder eines bloßen Consilium. Eines solchen Falles gedenkt *Papinianus* lib. 17 quaestionum, in der l. 71 pr. D. 35, 1, *de conditionibus et demonstrationibus*:

> Titio centum ita, *ut fundum emat*, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere, *Sextus Caecilius* existimat; *quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret.*

Papinian fügt jedoch hinzu, daß, wenn dieser Befehl, die legirte Geldsumme in einem Grundstück anzulegen, in Berücksichtigung eines Dritten erfolgt ist, nicht nur eine deßfallsige Verpflichtung für den Legatar eintritt, sondern hierin auch die stillschweigende Untersagung der Wiederveräußerung enthalten ist, so daß der Erbe in beiden Beziehungen die Cautions-Leistung zu fordern hat[26]). Wenn Papinian sich hierbei des Ausdruckes: „*interesse heredis* credendum est", bedient, so will er nur auf die Befugniß und Verpflichtung des Erben hinsichtlich der zu verlangenden Cautions-Leistung aufmerksam machen, ohne jedoch im Widerspruch mit der obigen l. 19. D. 32. zu behaupten, daß hier ein persönliches Interesse des Erben vorliegen müsse. Mit Recht wird daher auch namentlich von Göschen und von v. Savigny in den oben angezogenen Stellen angenommen, daß es nicht darauf ankomme, ob der Erbe an der

---

26) L. 71. pr. cit.: „Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est; atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus compararetur, ac postea non alienaretur".

Digitized by Google

Erfüllung des Modus ein eignes Interesse habe. Wenn Göschen bemerkt: „der Erbe vertritt das Interesse des Verstorbenen", so ist dies zwar richtig, bezieht sich jedoch zunächst nur auf solche Auflagen, die im eignen Interesse des Testators gemacht worden sind. Wenn v. Savigny aber hinzufügt: „der Wille des Erblassers ist als sein (des Erben) wohlbegründetes Interesse zu betrachten"; so rechtfertigt sich dieser Ausspruch nur insofern, als der Erbe zum Einschreiten überall befugt ist, wo es sich um die Aufrechterhaltung eines rechtsverbindlichen Willensbeschlusses des Testators handelt, nur daß nicht jeder Wille des Erblassers durch das Interesse des Erben an der Aufrechterhaltung des letzten Willens überhaupt ein rechtsverbindlicher wird, indem solches mit der Lehre vom nudum praeceptum nicht zu vereinigen stände.

Wenn wir nun von dem so gewonnenen Standpunkte aus die in der Einleitung erwähnten Fälle näher betrachten, so dürfte es zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß das Oberappellations-Gericht zu Cassel in dem von Pfeiffer angeführten Falle mit Recht angenommen hat, daß die den Legataren gewordene Auflage, den Namen des Testators zu ihrem eignen anzunehmen, als eine rechtsverbindliche zu betrachten sei, indem es sich hier theils von einem Gebote handelt, theils das eigne persönliche Interesse des Testators, auf diese Weise seinen Namen länger zu erhalten, nicht verkannt werden kann. Was nun aber den von Linde mitgetheilten, so wie den von uns referirten Fall betrifft, so kann eine testamentarische Anordnung, gemäß deren die Zinsen der legirten Summe bis zur Volljährigkeit der minderjährigen Legatare nicht verausgabt, und demnach capitalisirt werden sollen, an sich weder als im eignen Interesse, noch in dem irgend eines Dritten erfolgt angesehen werden, und würde insofern, namentlich wenn es sich von majorennen Personen handelte, und das Interesse ihrer etwaigen Descendenz oder sonstigen Verwandten nicht ausdrücklich berücksichtigt worden wäre, nach den Grundsätzen des gemeinen Römischen Rechts vom nudum praeceptum allerdings als un-

Digitized by Google

verbindlich zu betrachten sein. Auch dürfte der Zweifel, ob bei der dargelegten Absicht der Erblasser, durch Ersparung der Zinsen zum Capital den Honorirten das Zugedachte in vergrößertem Bestande zuzuwenden, hier überall von einem nudum praeceptum die Rede sein könne, wohl nicht als genügend begründet zu betrachten sein, da es sich dabei doch immer nur um das eigne Interesse der Honorirten handelt, und es eben mit den Grundsätzen von der nicht ohne Noth zu beschränkenden persönlichen Willensfreiheit der Erben und Legatare unvereinbar erscheint, wenn der Testator die Handlungen ihrer Vermögensverwaltung im Voraus regeln und feststellen wollte, in welcher Beziehung auch zwischen einfachen Veräußerungsverboten und dem Verbot der nicht zu verausgabenden Zinsen eines Capitals kein wesentlicher Unterschied gefunden werden kann.

Allein hinsichtlich beider gedachten Fälle frägt sich: welchen Einfluß auf die Entscheidung hat der zwiefache Umstand, daß es sich hier um Minderjährige und insofern um vormundschaftliche Vermögensverwaltung handelt, und daß in dem einen Falle die testamentarische Anordnung einer besondern Vermögens-Administration, in dem andern die Ernennung eines allgemeinen Testaments-Executor erfolgt ist? Dieses erfordert eine tiefer eingehende Erörterung.

Während für den volljährigen Sohn ein einfaches Veräußerungsverbot des testirenden Vaters ohne rechtliche Wirksamkeit ist, wird dasselbe für den minderjährigen Sohn insofern von Bedeutung, als der Vormund bei seiner Administration diese Weisung des väterlichen Testamentes zu berücksichtigen hat, indem der Testator, welcher Anordnungen hinsichtlich seiner nachgelassenen unmündigen und minderjährigen Kinder und ihrer Vermögensverwaltung trifft, darin seinem eignen Interesse genügt und daher die Berücksichtigung derselben verlangen kann[27]);

---

27) Imp. *Alexander* A. Valerio, l. 7. C. 5, 37, *de administratione tutorum vel curatorum*: „Tutelam pupillorum tuorum sic administrare debes, ne aedificium, quod his relictum est, *contra formam alienandi testamento datam* vendas“.

Digitized by Google

jedoch mit der Beschränkung, welcher die „conservanda tutoris auctoritas" überhaupt unterliegt, weßhalb denn auch der Vormund nicht unbedingt an jene Anordnungen gebunden ist, sondern, wenn das wahre Interesse seines Mündels es gebietet, sie unberücksichtigt lassen kann, und, da er persönlich das Periculum tutelae trägt, unter dringenden Umständen solches selbst thun muß[28]). Dieses gilt auch von andern ähnlichen Weisungen des Vaters rücksichtlich der Vermögens-Administration. Wenn demnach der Vater in seinem Testamente geboten hätte, daß die Zinsen eines gewissen Capitals nicht verausgabt, sondern zum Capital geschlagen werden sollten, so hätte der Vormund diese Regel so lange zu beobachten, als das wahre Interesse des Mündels und des zu verwaltenden Vermögens nicht ein Anderes verlangte.

Was von den testamentarischen Anordnungen des Vaters seinen unmündigen und minderjährigen Kindern gegenüber gilt, gilt in gewisser Beziehung aber auch von derartigen Bestimmungen der Mutter oder anderer nahen Verwandte, insofern nämlich auch bei diesen ein persönliches Interesse an dem Wohl und Weh ihrer minderjährigen Kinder und Angehörigen vorausgesetzt werden darf, und daher jene Testatoris auctoritas confirmanda auch hier eintritt, nur daß hier, wo das nur dem Vater zustehende Recht der Datio tutoris fehlt, eine freiere Beurtheilung der Angemessenheit und Nützlichkeit der betreffenden testamentarischen Verordnung von selbst gegeben ist. Auf dieser aufrechtzuerhaltenden Auctoritas beruhte es, wenn die von solchen Personen für ihre unmündigen und minderjährigen Angehörigen ernannten Tutoren und Curatoren vom Magistrat als solche confirmirt wurden[29]), wie ja denn auch die testamentarische Ernennung

28) *Ulpianus* lib. 35. edict. l. 5, §. 9 D. 26, 7, *de administratione et periculo tutorum:* „Usque adeo autem licet tutoribus patris praeceptum negligere, ut si pater caverit: *ne quid rei suae distraheretur*, vel: *ne mancipia distrahantur*, vel: *ne vestis, ne domus, ne alia res periculo subjecta*, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem".

29) *Modestinus* lib. 6 excusat. l. 1 §. 1 D. 26, 3 *de confirmando tutore*

Digitized by Google

eines Curators Seitens des Vaters ebenfalls der Confirmation, wenn auch sine inquisitione[30]) bedurfte. Ohne daß diese Confirmation erfolgte, war jedoch von keinem Tutor oder Curator die Rede[31]). Da mit ihr aber auch das Periculum auf den Vormund überging, so war damit die Befugniß zur selbstständigen Prüfung des Angemessenen und Vortheilhaften der weitern testamentarischen Anordnung hinsichtlich der Vermögens-Administration auch hier von selbst gegeben.

Aus Vorstehendem dürfte zu entnehmen sein, daß wenn der Vater, die Mutter, oder ein anderer naher Angehöriger der unmündigen oder minderjährigen Kinder den Vormund im Testamente bestellt oder seine obrigkeitliche Bestellung veranlaßt hat, der Vormund zur Berücksichtigung der testamentarischen Anordnungen im Betreff des vom Testator herrührenden Vermögens und seiner Verwaltung so lange gehalten ist, als er sich nicht von dem Unangemessenen derselben überzeugt hat; daß in diesem Falle aber die mit der Tutel oder Curatel übernommene eigne Gefahr ihn von jeder weitern Berücksichtigung frei spricht. Ist

---

vel curatore: „Si fuerit persona talis, quae non potest dare, velut *mater*, aut *patronus*, aut extraneus quis, — — tunc quod deficit, repleri a consulari potestate constitutiones concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores". *Neratius* lib. 3 regularum, l. 2. §. 1. D. e. t.: „Sed etsi curator a *matre* testamento datus sit filiis ejus, decreto confirmatur ex inquisitione". *Papinianus* lib. II quaestionum, l. 5. D. e. t.: „Tutores a *patruo* testamento datos jussit Praetor magistratus confirmare".

30) *Modestinus* l. 1. §. 3 cit.: „Curator testamento neque a patre recte datur, sed datum assuetum est confirmari ab eo, qui praeest".

31) *Scaevola* lib. 20 digestorum, l. 11. D. e. t.: „*Avia* nepotibus curatorem dedit, fideicommisso ei relicto, quaesitum est, an administrare curator compelli debeat? Respondit, *curatorem quidem non esse* etc.". Daher heißt es auch in einem von *Scaevola* lib. 21 digestorum, l. 78. §. 1. D. 36, 1, *ad SC. Trebellianum*, angeführten, weiter unten ausführlicher zu erwähnenden Fall, wo eine Mutter Depositare ernennt, „quos etiam, *si licuisset, curatores substantiae meae* dedissem, remotis aliis".

Digitized by Google

jedoch der Vormund unabhängig von dem betreffenden Testator ernannt, so dürfte für ihn auch keine besondere Verpflichtung zur Berücksichtigung solcher testamentarischen Anordnungen vorliegen, und dieselben für ihn nur die Bedeutung eines Wunsches und Rathes haben, so daß zwischen den unter einer derartigen selbstständigen Vormundschaft stehenden Minderjährigen und den Volljährigen hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit derartiger testamentarischen Anordnungen kein Unterschied anzunehmen sein möchte. Denn nur insoweit der Testator sein Interesse an unmündigen und minderjährigen Angehörigen durch den rechtlichen Einfluß auf die Vormundschaftsbestellung geltend zu machen im Stande ist, ist dasselbe als ein rechtlich anerkanntes zu betrachten, während es sich ohne dies als ein bloß factisches Interesse darstellt, das der fraglichen Anordnung einen andern Charakter, als den eines bloßen Rathes und Wunsches nicht zu geben vermag.

Daß in dem uns zunächst zur Beurtheilung vorliegenden Falle der Vormund der minderjährigen Kinder des N. durch das Testament der Großtante zur Vormundschaft berufen worden sei, ist weder behauptet, noch anzunehmen. In der, dieser Großtante seiner Mündel gegenüber ihm zukommenden völlig freien Stellung würde er daher auch als Vormund in der testamentarischen Anordnung hinsichtlich der zu capitalisirenden Zinsen nur einen Rath und Wunsch der Testatorin zu erblicken haben, der ihn aber der Direction der Wittwen- und Waisenanstalt gegenüber nicht berechtigte, die vom legirten Capital aufkommenden Zinsen als der Verwendung für die Verpflegung seiner Mündel rechtlich unbedingt entzogen darzustellen. Vielmehr würde diese mit Fug behaupten können, daß in Mitberücksichtigung jener Zinsen es den gedachten Mündeln an den Mitteln zum standesmäßigen Unterhalte nicht gefehlt habe.

Anders dürfte es sich aber verhalten in dem von Linde mitgetheilten Falle, insofern nämlich hier an das Legat des Oheims die Bestimmung angereiht war, daß die legirte Summe von 36000 fl. von zwei Administratoren bis zur erfolgten Großjährigkeit der Neffen verwaltet und die einkommenden Zinsen bis

zum Eintritt der Großjährigkeit derselben capitalisirt werden sollten. Da es sich hier nur von bloßen durch Testament angeordneten Administratoren, nicht von obrigkeitlich bestätigten Vormündern handelt, so fällt hier zunächst dasjenige Argument weg, was oben aus dem, von den Vormündern selbstständig zu übernehmenden Periculum tutelae für die ihnen zustehende freie und selbstständige Beurtheilung der Angemessenheit einer testamentarischen Anordnung entnommen war. Vom Testator ernannte Administratoren aber sind den testamentarischen Anordnungen über die ihnen überwiesene Administration unbedingt unterworfen und nicht befugt, dieselben ihrer eignen freien Prüfung zu unterwerfen.

Ein Gleiches möchte aber auch anzunehmen sein, insofern es sich nicht von derartigen Executores *speciales*, sondern von einem Executor testamenti *generalis*, wie in dem von uns mitgetheilten Falle, handelt, indem Johann Philipp B. nicht bloß Vormund der N.'schen Kinder, sondern auch Testaments-Executor der Marie Gertrude B. ist, und als solcher verpflichtet erscheint, der testamentarischen Anordnung derselben hinsichtlich der Capitalisirung der Zinsen des jenen vermachten Capitals strenge nachzukommen und demgemäß die Auszahlung der Zinsen während der Minderjährigkeit derselben zu verweigern, ohne daß dieserhalb gegen ihn Seitens der N.'schen Kinder mit der Actio ex testamento geklagt werden könnte, eben weil der Testaments-Executor als solcher berechtigt und verpflichtet erscheint, sich strenge an die im Testamente getroffenen Bestimmungen zu halten und das Interesse der Testatrix an ihren minderjährigen Angehörigen zu vertreten.

Um diese Stellung der testamentarischen Special- und General-Executoren zu dem im Testament getroffenen Anordnungen vollständig zu übersehen und allseitig zu würdigen, wird es jedoch noch erforderlich sein, auf die Lehre von den Testaments-Vollstreckern, wie solche sich nach gemeinem Römischen und Deutschen Rechte ausgebildet hat, und zwar in besonderer Beziehung auf solche anscheinende nuda praecepta, näher einzugehen.

Digitized by Google

Nach der ursprünglichen Bedeutung des Testamentum per aes et libram war der Familiae emtor der Freund, dem der Testirende sein Vermögen mit der Auflage übertrug, solches nach seinem Tode seinem Willen gemäß zu vertheilen[32]), wobei dieser als künftiger Heres angesehen wurde, dem der Testirende seine Aufträge hinterließ[33]). Als später der Familiae emtor alle reelle Bedeutung verlor und nur dicis gratia hinzugezogen wurde, war der Heres institutus der, an den die Befehle des Testators gerichtet, und der zur Ausführung derselben, namentlich der Legata per damnationem, so wie zur Ueberwachung der den Legataren gemachten Auflagen verpflichtet war, und der auch insofern als bloßer Willensvollstrecker erscheinen konnte, als bei der „libera legandi potestas“ des Testators er sein ganzes Vermögen durch Legate zu erschöpfen befugt war, bis die Lex Furia und die Lex Voconia, und endlich die Lex Falcidia dem Heres hierin zu Hülfe kamen[34]). Aehnliches galt, als neben dem Legat das Fideicommiß aufkam und an den Heres die Rogation gestellt werden konnte, die ganze Hereditas einem Dritten zu restituiren, bis auch hier das SC. Pegasianum Abhülfe gewährte[35]). Wenn nun aber auch in diesem Sinne der Heres nicht mehr als bloßer Willensvollstrecker behandelt werden durfte, so konnte doch einer von mehreren Erben insofern vorzugsweise als Vollstrecker des letzten Willens erscheinen, als ihm die Auszahlung der Legate allein übertragen wurde[36]). Dagegen konnte aber ein Legatar oder Fideicom-

32) *Gajus*, lib. 2 institut. §. 102: „Per aes et libram agebat, qui, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet“.

33) *Gajus* e. l. §. 103: „Olim familiae emtor heredis locum optinebat, et ob id ei *mandabat* testator, quid cuique post mortem suam dari vellet“.

34) *Gajus* lib. 2 institut. §. 224–227; pr. J. 2, 22. *de lege Falcidia*.

35) *Gajus* lib. 2. institut. §. 254.

36) *Julianus* lib. 39 digest. l. 96. §. 3. D. 30. *de legatis I.*: „Si scriptus ex parte heres rogatus sit, praecipere pecuniam, et eis, quibus testamento legatum erat, distribuere, etc.“; Cfr. *Africanus* lib. 3 quaestion. l. 107. pr. D. e. t., *Paulus* lib. 7.

Digitized by Google

missar durch eine Rogation genöthigt werden, alles Empfangene an Dritte auszukehren, so daß er zunächst nur als vermittelnder Willensvollstrecker des Testators erschien, indem diesem die Gesetzgebung nicht durch Gewährung von Retentions-Befugnissen zu Hülfe kam[37]). Konnte diese Auflage zur Restitution des Empfangenen an einen Dritten aber nicht zur Ausführung gelangen, so behielt der Legatar das ihm Zugewandte, es sei denn, daß er offensichtlich, wie in dem von Papinian in der l. 9. angeführten Fall, nur als „*Minister*", d. i. lediglich als Willensvollstrecker erwählt worden war, indem in diesem Falle das ihm zur Disposition Gestellte an den Heres zurückfiel[38]). Ein derartiges vom Testator angeordnetes besonderes Ministerium trat namentlich hinsichtlich der Besorgung des Begräbnisses nicht selten ein[39]). Wegen des mangelnden eignen Interesses hatte aber ein derartiger „Minister" kein Klagrecht gegen den Erben, sondern konnte zur conservanda testatoris auctoritas nur außerordentliche Rechtshülfen suchen. Dieß war z. B. der Fall, wenn eine Mutter ihren zu Erben eingesetzten beiden Söhnen aufgab, ihr ganzes Vermögen zwei von ihr benannten Depositaren

---

ad leg. Juliam et Papiam, l. 7. D. 35, 3, *Si cui plus, quam per legem Falcidiam* etc.

37) *Africanus* lib. 5 quaestion. l. 108, §. 12. D. 30: „Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas; *si quidem nihil praeterea ex testamento capias*, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam mihi praestare debere existimavit".

38) *Marcellus* lib. 10 digestor. l. 17 pr. D. 31, *de legatis II*: „Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, *nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit*".

39) *Scaevola* lib. 3 responsorum, l. 88. §. 1. D. 31, *de legatis II*: „A te peto, Titi, fideique tuae committi, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito. Quaero, an si Lucius Titius minus, quam decem aureos erogaverit, reliqua summa heredibus proficiat. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, *heredum* commodo proficere". *Idem* lib. 33. digestor. l. 42. D. 32; *Ulpianus* lib. 25 ad edictum, l. 12. §. 4. D. 11, 7, *de religiosis*.

Digitized by Google

zu übergeben, damit diese es ihren Enkeln, sobald solche volljährig geworden, auslieferten. Wenn auch nach Scävola in diesem Falle den erwählten Depositaren eine Klage aus einem Fideicommiß nicht zusteht, so ist doch damit nicht ausgesprochen, daß sie nicht berechtigt seien, namentlich die außerordentliche Hülfe des Prätors für die Aufrechterhaltung der Auctoritas testatoris anzurufen [40]). Anders aber, wenn ein pecuniärer Vortheil mit der Anordnung verbunden ist, indem alsdann die gewöhnliche Klage aus dem Testamente begründet ist [41]).

Derartige „Ministri“ waren nun sicherlich bei der Aus-

---

40) *Scaevola,* lib. 21 digestor. l. 78. §. 1. D. 36, 1, *ad SC. Trebellianum*: „Maevia duos filios heredes reliquerat, et eodem testamento ita cavit: Fidei autem heredum meorum committo, uti omnis substantia mea sit *pro deposito sine usuris* apud Gajum Sejum et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus, prout quis eorum ad annos vigintiquinque pervenerit pro portione, vel si unus ei omnem. — Respondit, secundum ea, quae praeponerentur, Lucium Titium et Gajum Sejum *fideicommissum petere non posse*“. — S. a. *Ulpianus* lib. 5 disputat. l. 77. D. 30, *Pomponius* lib. 8. ad *Quintum Mucium*, l. 7. pr. D. 33, 1, *de annuis legatis.* In Beziehung auf diese letztere Stelle ist zu bemerken, daß, da der von der Mutter auszuwählende Erzieher der Kinder nicht seines eignen Interesse wegen in Betracht kommt, er auch keine Klage aus dem Testament auf Auszahlung des vom Testator bezahlten Kostgeldes hat, sondern dieses dem Ermessen der Vormünder unterliegt, die, wenn sie es zahlen, durch die väterliche Anordnung gedeckt sind; dagegen kann er offenbar die obrigkeitliche Hülfe für die Befolgung der väterlichen Anordnung im Uebrigen anrufen.

41) Hieraus erklärt sich, warum *Papinianus* lib. 8 responsorum, l. 9. pr. D. 34, 1, *de alimentis* dem Willensvollstrecker eine Klage gegen den Erben auf Auszahlung der Summe einräumt, aus der er die Alimentation der Alumnen des Testators bestreiten soll, da dieser nur verordnet hat: „eandemque summam penes te esse volo, cujus ex incremento eos alere te volo“; da hier nicht das verzinsliche Ausleihen untersagt, nicht, wie in der obigen l. 78. ein unverzinsliches Depositum angeordnet ist. Es kann daher aus dieser Stelle nicht mit *Gothofredus* ad h. l. der allgemeine Satz abgeleitet werden: „Executor, minister, seu dispensator testamentarius legatorum petitionem habet“.

Digitized by Google

führung des ihnen im Testamente übertragenen Geschäftes streng an die ihnen gewordene Weisung gebunden, insbesondere wenn dasselbe das Interesse Dritter berührte, während sie da, wo ein näheres oder entfernteres eigne Interesse des Testators allein in Frage stand, sie nur mit Genehmigung der zur Aufrechterhaltung der Auctoritas testatoris berufenen Behörden und nach vorgängiger Causae cognitio derselben zu einem Abgehen von der ihnen gewordenen Vorschrift befugt erschienen. Es konnte der Testator die Art und Weise der Ausführung seiner Anordnung aber auch ihrem eignen gewissenhaften Ermessen überlassen haben; wie sich denn dies überall von selbst verstand, wo specielle testamentarische Bestimmungen fehlten.

In der Christlichen Zeit führten die zahlreichen „piae dispositiones“ auch zur häufigen Anordnung besonderer Vollzieher, denen von den Christlichen Kaisern die Befugniß, die Erben auf die Auszahlung der Legate ad pias causas zu belangen, beigelegt wurde[42]). Die hier eintretende Rücksicht auf das eigne Seelenheil veranlaßte es, daß vorzugsweise Bischöfe und Geistliche zu solchen speciellen oder auch zu generellen Testaments-Vollziehern ernannt wurden[43]), und obgleich die Sorge vor verderblicher Erbschleicherei der Geistlichkeit mehrere Kaiser veranlaßte, die testamentarischen Bestimmungen von Wittwen und Diaconissen zu Gunsten der Geistlichen für nichtig zu erklären[44]), so nahm doch der Kaiser Martianus diese gesetzliche Beschränkung zurück, indem er namentlich die im Testamente einer gewissen

---

42) Imp. *Anthemius*, l. 28. C. 1, 3, *de episcopis*: „Et si quidem testator designaverit, per quem desiderat redemtionem fieri captivorum, is, qui specialiter designatus est, *legati vel fideicommissi habeat exigendi licentiam* et *pro sua conscientia* votum adimpleat testatoris“.

43) *Justinianus*, l. 46 pr. C. e. t.: „Sancimus, si quis moriens — injunxerit pro tempore episcopo, curam agere, ut impleantur, quae ipse voluit etc.“

44) *Valentinianus*, *Valens et Gratianus*, l. 20. C. *Theod.* 16, 2, *de episcopis, ecclesiis et clericis*; *Valentinianus*, *Theodosius et Arcadius*, l. 27. C. *Theod.* e. t.

Digitized by Google

Hypatia erfolgte Erbeseinsetzung eines Presbyter Anatolius deßhalb für rechtsbeständig erklärte, weil anzunehmen sei, „ut non solum *heredis*, sed paene etiam *dispensatoris* fungatur officio"; wie denn auch von diesem Falle Veranlassung genommen wurde, eine jede letztwillige Verfügung zu Gunsten eines Clericus oder Monachus allgemein wieder für rechtsgültig zu erklären[45]. Hieraus erhellt, daß die Testatoren nicht selten, um die Ausführung ihrer frommen Absichten sicher zu stellen, wie in den älteren Zeiten diejenigen zu Erben ernannten, die im Grunde nur die Vollzieher ihres letzten Willens sein sollten. Dies wurde auch dadurch erleichtert, daß Justinian den Abzug der Falcidia zu Gunsten solcher piae dispositiones untersagte, und demnach auch in dieser Beziehung das ursprüngliche Verhältniß des vom Testator ernannten Erben zu dessen anderweitigen Dispositionen wieder herstellte, nur daß jetzt der fromme Charakter derselben wesentlich vorausgesetzt ward; wodurch denn auch der anfängliche Ausweg, die Armen oder Gefangenen selbst zu Erben einzusetzen, unnöthig wurde[46]. Abgesehen von diesem Fall der Erbeseinsetzung der Testamentsvollzieher, wurden auch gesetzliche Vollzieher der testamentarischen piae dispositiones in der Person der Bischöfe ernannt, welche ebenwohl die Erben auf Erfüllung der betreffenden Testaments-Bestimmungen zu belangen[47]), die etwa besonders ernannten Vollzieher zu überwachen und statt deren die ganze Ausführung zu übernehmen hatten, wenn jene ein Jahr säumig waren, so daß die ganze Administration der frommen

45) Novellae *Martiani*, Tit. 5. Conf. l. 13. C. 1, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*. S. a. die spätere Novella 68 *Leonis*, welche den Monachi und Clerici, „quibus testatoris — de rebus suis praescriptiones committunt, *ac post mortem earum executionem concedunt*", die Uebernahme derartiger Officia ausdrücklich gestattet.

46) L. 49. pr. §. 1, 2. C. 1, 3, *de episcopis*. Nov. 131, c. 12.

47) L. 46. pr. C. e. t.: „Quod si (heredes) id (quod ordinatum est, facere et adimplere omnimodo) sponte non fecerint, confestim loci Deo amabiles Episcopos curiosos esse circa haec, et postulare, ut illi omnia impleant secundum voluntatem defuncti".

Digitized by Google

Stiftungen entweder unmittelbar von den Bischöfen ausging, oder doch unter ihre specielle Aufsicht gestellt war[48]).

Bei der Bedeutung, welche die „secundum legem Romanam“ errichteten Testamente unter dem Einfluß der Geistlichkeit im Germanischen Mittelalter gewannen und bei ihrer Bestimmung, insbesondere den frommen Absichten der Sterbenden zu Gunsten der Kirchen, Klöster und Armenanstalten zu dienen, war es begreiflich, daß die Anordnungen der Christlichen Kaiser zu Gunsten der Bischöfe als gesetzlicher Vollzieher aller piae dispositiones und als Ueberwacher der besonders ernannten Executoren auch unter Einfluß der Päpste im canonischen Rechte aufrecht erhalten wurden, wie denn hier auch jener Name zuerst vorkommt. Zunächst erscheint schon Papst Gregor der Große in dieser Beziehung thätig[49]); in der Folge besonders Papst Gregor IX.[50]). Für das Fränkische Reich wurde durch Concilien-Beschlüsse und Capitularien den Bischöfen auch die Befugniß zuerkannt, den Erben die Vollziehung der testamentarischen

48) S. die ausführlichen Bestimmungen über die Rechte der Bischöfe in Beziehung auf testamentarisch angeordnete Bauten von Kirchen, Hospitälern, Waisenhäusern u. dgl., so wie überhaupt hinsichtlich der verschiedenartigen piae dispositiones, l. 28, 46, 49. C. e. t. Nov. 131, c. 11, etc.

49) Lib. 3 epistolarum de a. 594, c. 3 X. 3, 24, *de testamentis*: „Te hortamur, ut (heredem) commoneas, quatenus intra annum monasterium, quod jussum est, debeat ordinare, et cuncta secundum voluntatem defuncti sine alteratione construere. Quod si intra praedictum tempus — tecum implere neglexerit, tunc per te aedificetur. — Sic enim secundum piissimas leges dilatas defunctorum pias voluntates episcopali decens est studio adimpleri“.

50) c. 17. X. e. t. (A. 1235): „Cum igitur in omnibus piis voluntatibus sit per locorum episcopos providendum, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant, licet etiam a testatoribus id contigeret interdici; mandamus, quatenus *executores* testamentorum, hujusmodi, ut bona ipsa fideliter et plenarie in usus praedictos expendant, monitione praevia, compellas“. C. 19. e. t. (A. 1235): „— Executores ultimae voluntatis — post mandatum susceptum per dioecesanum cogi debent, testatoris explere ultimam voluntatem“.

Digitized by Google

Anordnungen bei canonischer Interdicirung der ganzen Erbschaft aufzugeben, was später ins gemeine canonische Recht überging[51]), und woraus sich hin und wieder, wie namentlich bis auf den heutigen Tag in England, die Jurisdiction der Bischöfe in Testamentssachen entwickelte[52]).

Da es bei der Aufnahme des Römischen Testamentes ins Germanische Rechtsleben vorzugsweise nur um die Durchführung frommer Anordnungen im Interesse der Kirche, nicht aber um die Ernennung eines Erben im Römischen Sinne sich handelte[53]), so führte dies von selbst dahin, daß die Ernennung eines besondern Testamentsvollziehers nun regelmäßig nothwendig erschien, wie denn noch jetzt in England ein solcher in jedem Testamente sich findet[54]). Indem es darauf ankam, für die Testaments-Vollziehung eine mit der erforderlichen Machtvollkommenheit bekleidete Person zu finden, lehnte man sich in Deutschland zunächst an zwei damals noch bestehende Institute des ältern Deutschen Rechts an, nämlich an die Uebertragung der Gewere zur getreuen Hand der Salmannen, Treuhänder oder *Manufideles*, und an die Vogtei oder Vormundschaft[55]). Namentlich war es das Lübische Recht, welches im Testamente gekohrne Vormünder, auch Procuratoren und Provisoren genannt,

---

51) *Add. Capitul.* III, c. 87: „Si heredes jussa testatoris non impleverint, ab episcopo loci illius omnis res, quae illis relicta est, *auferatur* cum fructibus et emolumentis, *ut vota defuncti impleantur*“. *Ex concilio Moguntino* fast wörtlich wiederholt in c. 6. X. e. t. wo es nur statt „*auferatur*“ heißt: „*canonice interdicatur*“.

52) Eichhorn, Deutsche St. u. R. Geschichte, I, §. 184. S. 435. §. 198, S. 465.

53) Bluntschli, Deutsches Privatrecht, Bd. II, §. 200, S. 496.

54) *Blakstone*, Commentar. II, 32.

55) Beseler, von den Testamentsvollziehern, in der Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. IV, S. 141 ff.; Deutsches Privatrecht, Bd. II, §. 164. S. 547 ff.; Philipps Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 428, Bd. II, S. 304, 305; Bluntschli, a. a. O. §. 201, S. 437 ff.; Walter, Deutsches Privatrecht, §. 423, S. 481. Deutsche Rechtsgeschichte, §. 556.

Digitized by Google

kannte und dieses Institut sorgfältig ausbildete, weßhalb noch heutiges Tages in Lübeck, Hamburg und den übrigen Städten des Lübischen Rechts, bei allen Testamenten regelmäßig Testaments-Executoren mit sehr umfassenden Vollmachten sich finden[56]). Kraft dieser durch das Lübische und andere Stadtrechte ausgebildeten vogteilichen Gewalt hatten die Executoren die Aufgabe, die ihrem Schutze anvertrauten letztwilligen Verfügungen in jeder Weise zu schützen und zur Ausführung zu bringen, den Verstorbenen formell activ und passiv zu vertreten, und besonders alle im Testamente angeordneten Zuwendungen und Stiftungen auszurichten, wobei ihrem Ermessen meistens große Freiheit gelassen ward[57]). Aber auch da, wo sich das Institut der Testaments-Executoren mehr an das Recht der Salmannen und Treuhänder anschloß, wurden dieselben formell als Repräsentanten der Testatoren, denen als solchen die Vollstreckung aller letztwilligen Verfügungen zu kam, angesehen[58]). Als mit der vollständigen Reception des Römischen Rechts auch der Römische Erben-Begriff wie überhaupt, so insbesondere auch hinsichtlich der Testaments-Erben Aufnahme fand, und hiernach die ernannten Erben als solche zur Ausrichtung der testamentarischen Anordnungen verpflichtet erschienen, kamen dach neben den, für angeordnete Stiftungen und Fideicommisse ernannten Administratoren und Special-Executoren jene General-Executoren als Vollzieher aller letztwilligen Anordnungen, wie sie das seitherige Deutsche Recht hervorgerufen hatte, fortwährend zur Anwendung und zum Theil selbst in eigenthümlicher weitern Fortbildung. So war es das Bedürfniß, für testamentarische Anordnungen zu Gunsten der Wittwen, oder der Kinder zweiter Ehe, oder sonstiger Angehörigen den gesetzlichen Erben gegenüber mächtige Beschützer zu finden, welches die Testatoren ver-

56) Scholz III, über Testamentsvollzieher, 1841; die Deutschen Salmannen, Zeitschr. für Civilr. und Proceß, Bd. XX, S. 126; Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, Bd. III, S. 114 ff.

57) Beseler, von den Testamentsvollziehern, S. 152, 153.

58) Beseler, a. a. O. S. 154, 155.

Digitized by Google

anlaßte, bisweilen fürstliche Personen zu ihren Testaments-Executoren zu ernennen, und sie, als geborne Vormünder der Wittwen und Waisen, um Gottes Willen um die Uebernahme eines solches Amtes zu beschwören[59]), oder, insofern bereits andere Executoren bestellt waren, sie zu obersten Executoren zu ernennen, welche in letzter Instanz über die gehörige Testamentsvollziehung zu wachen hätten[60]).

Die fortwährende Anwendung des Institutes der Testaments-Executoren in Deutschland auch nach der vollständigen Einführung des Römischen Rechts wurde auch durch die an die Römischen und canonischen Bestimmungen anknüpfenden Darstellungen der ältern Italienischen Praktiker[61]), so wie auch die mehr an einheimische Statuten und Rechtssprüche sich anlehnenden Ausführungen der Deutschen Praktiker gesichert[62]). Uebrigens war die neuere Deutsche Praxis geneigt, in den Testaments-Executoren „ein

---

59) So ernannte, laut Acten des hiesigen Regierungs-Archivs, um das Jahr 1580 ein Herrmann von Zerzen in seinem zu Gunsten seiner Wittwe und seiner Kinder zweiter Ehe errichteten Testamente neben seinem Landesherrn, dem Grafen Franz von Waldeck, auch den Landgrafen Wilhelm von Hessen zum Testaments-Vollzieher, in Folge dessen namentlich letzterer sich bemühte, durch seine Regierung die entstandenen Differenzen mit den Söhnen erster Ehe gütlich auszutragen, und auch einen Vergleich herbeiführte, der für spätere Rechtsentscheidungen die Grudlage bildete.

60) So hat noch der hochselige Kurfürst Wilhelm II. von Hessen in seinem Testamente den Kaiser von Oestreich zum obersten Testaments-Executor ernannt.

61) Vgl. *Guil. Durandus* Speculum juris, Lib. II, P. 2; Tit. de instrum. edit. §. 13; *Bartolus, Baldus*, und andere Doctores zur l. 28. C. 1, 3, *de episcopis et clericis;* Cardin. *Dominicus Tuscus*, practicae conclusiones, T. III, Concl. 533, 534.

62) *Oldendorp*, Tact. de executoribus ultim. volunt. *Mevius*, Comment. ad jus Lubec. P. II, Tit. 1, Art. 15; *Christinaeus*, Comment. in leges municipales, Ed. IV, p. 566; *Lauterbach*, de executoribus voluntatem ultim. *Sam. Stryk*, de officio executoris ultim. voluntat. (Opera, T. X, disp. 10). Girtanner, Repertorium der Deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht, Jena 1855; (mit Nachweisungen von Gerichts-Erkenntnissen über die Testaments-Executoren bis in die neueste Zeit).

Digitized by Google

Mittelwesen zwischen Mandataren und Vormündern" zu finden[63]), eine Folge des Umstandes, daß sowohl die neuere Gesetzgebung[64]), als Doctrin geneigt war, das Recht des Testaments-Executors auf ein ihm vom Testator ertheiltes Mandat zurückzuführen[65]). Während nun einzelne Civilisten[66]) dafür hielten, daß das heutige Institut der Testaments-Executoren in dem Römischen und canonischen Rechte seine genügende Erklärung finde, haben die Germanisten es sich angelegen sein lassen, eine Deutschrechtliche Grundlage für dasselbe aufzufinden und nachzuweisen[67]). Allerdings dürfte auch nicht zu verkennen sein, daß, während die testamentarisch angeordneten Special-Executoren und Administratoren fortwährend vorzugsweise nach Römischem und canonischem Rechte und nach den an dieses sich anschließenden Grundsätzen der ältern gemeinen Praxis zu beurtheilen sind, das Institut der Universal-Executoren, welchen die Vollziehung aller testementarischen Anordnungen übertragen ist, zunächst als ein unter Einfluß älterer Deutscher Rechtseinrichtungen und eines eigenthümlichen Deutschen Gerichtsgebrauches gebildetes einhei-

---

63) Vgl. Schweppe, Römisches Privatrecht, herausgegeben von Mejer, Bd. III, §. 943.

64) Allgem. Preuß. Landrecht, Th. I, cit. 12, §. 557; Beseler a. a. O. S. 163.

65) Selbst Puchta, Pandekten, 7. Aufl., §. 482, Note 6. theilt noch diesen Gesichtspunkt. Ihn sucht Beseler a. a. O. S. 165 ausführlich zu widerlegen, insbesondere darauf fußend, daß das Mandat mit dem Tode des Mandanten erlöscht. Richtiger bezeichnen die ältern Juristen, wie Lauterbach, Stryk u. s. w. die Testaments-Executoren als *„Ministri“* des Testators, von dem diese zwar einen Auftrag erhalten haben, ohne jedoch darum Mandatare im eigentlichen Sinn des Wortes zu sein. Von der Vollmacht, welche dem Testaments-Executor ertheilt werde und worin seine juristische Stellung und Befugniß ihren Grund und ihre Begründung habe, redet mit Recht u. a. auch Bluntschli, a. a. O. S. 439.

66) Z. B. Mühlenbruch, Forts. von Glück, Bd. XLIII, S. 432; Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. I, S. 217; Puchta, a. a. O.

67) S. die oben angezogenen Schriften von Beseler, Philipps, Bluntschli, Walter, Scholz III, u. s. w.

Digitized by Google

mischen Rechts-Institut sich darstellt, und daher auch als solches aufzufassen und weiter auszubilden ist[68]), was jedoch nicht ausschließt, daß die analogen Bestimmungen des Römischen und canonischen Rechts auch hier ergänzend Anwendung leiden.

Von diesem Standpunkte ausgehend, dürfte zunächst anzunehmen sein, daß die Bestimmungen des Römischen Rechts über die Unverbindlichkeit der nuda praecepta testatoris für die Erben und Legatare auf die heutigen General-Executoren schon deßhalb keine Anwendung leiden, weil diese, wie sie bei uns vorkommen, dem Deutschen Rechte eigenthümlich sind, und solches von einer derartigen Unterscheidung zwischen den testamentarischen Anordnungen nichts weiß, vielmehr die einheimischen Normen über die Testaments-Executoren aus älterer und neuerer Zeit diese ganz allgemein ohne eine derartige weitere Unterscheidung zur Aufrechterhaltung der letztwilligen Verordnungen verpflichten[69]), womit auch die älteren und neueren einheimischen Schriftsteller über die Testaments-Executoren[70]), so wie die Rechtssprüche

---

68) Wenn Phillipps, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 304 und 305, zwar mit Recht bemerkt, daß als ein eigenthümliches Institut unsers einheimischen Rechts, welches sich neben dem Römischen Rechte erhalten hat, die Testaments-Vollzieher erscheinen, so ist es doch nicht zu billigen, wenn er für die heutige Zeit das Princip des Institutes nur in der im Verhältniß zum Römischen Recht bei uns erweiterten Testirfreiheit sucht. Allerdings ist auch von Beseler a. a. O. mit Recht bemerkt, daß das heutige Institut auf einer Erweiterung der Römischen Testirfreiheit beruht; allein das Princip desselben muß in der Befugniß des Testaments-Executors zur Repräsentation des Verstorbenen, so weit es sich von der Aufrechthaltung seines letzten Willens handelt, gefunden werden, weßhalb mit der Durchführung des letzten Willens auch von selbst die Repräsentations-Befugniß des Testaments-Executors erlöscht, während die des Erben hinsichtlich der Forderungen und Schulden des Verstorbenen fortdauert.

69) S. z. B. allgem. Preußisches Landrecht, Th. I, Tit. 12, §. 557.

70) Vgl. *Mevius*, ad jus Lubec. II, 1, art. 15, m. 6; *Struvius*, Jurisprudentia Rom. German. II, 291; *Leyser*, meditat. V, sp. 374, §. 8. Beseler, a. a. O. S. 196, 198. Bluntschli, a. a. O. S. 439 und 440. Hillebrand, Deutsches Privatrecht, S. 614.

Digitized by Google

der Gerichte 71) übereinstimmen. Diese Verpflichtung des mit der Testaments-Vollziehung überhaupt beauftragten Executors, alle testamentarischen Anordnungen, und daher auch die weder besonders motivirten, noch in dem erkennbaren Interesse Dritter oder des Testators selbst wurzelnden Verbote zur Geltung zu bringen, rechtfertigt sich auch aus der deutschrechtlichen Stellung eines derartigen Executors, wornach derselbe den Testator, gleich als wenn dieser selbst noch lebte, vertritt und repräsentirt [72]), in dieser seiner Repräsentation sich jedoch von der des Erben darin unterscheidet, daß er, ohne eignes Interesse, einzig und allein Willensvollstrecker des Testators ist, eine Collision mit der eignen persönlichen Willensfreiheit bei ihm daher nicht, wie bei dem Erben, eintreten kann, und von einem ihm ertheilten bloßen Rathe so lange nicht die Rede sein kann, als der Testator ihm selbst die schließliche Entscheidung nicht anheimgestellt hat. Für den Testaments-Executor überhaupt ist es daher genügend, wenn der Wille des Testators über irgend einen Punkt

71) So hat z. B. das Oberappellationsgericht zu Cassel in der Sache von Berzner g. von Backhaus-Wiesenhüttensche Testaments-Executoren [4893] im J. 1836 ausgesprochen, „daß von den zur Aufrechterhaltung des Testamentes bestellten und vermöge der Uebernahme des ihnen von dem Erblasser ertheilten Auftrages zu dieser Aufrechthaltung verpflichteten Testaments-Executoren rechtlich nicht verlangt werden könne, wider die Bestimmungen des Erblassers zu handeln“.

72) *Carpzov*, decisiones II, 159, n. 13. Beseler, Deutsches Privatrecht, Bd. II, §. 164; Bluntschli a. a. O. S. 439: „Soweit die Vollmacht reicht, insoweit ist der Executor als Stellvertreter des Erblassers zu betrachten, dessen Willen er zu vollstrecken hat“. Walter, Deutsches Privatrecht, §. 423: „Das juristisch Eigenthümliche bei diesem Verhältniß besteht in zweierlei. Erstens wird Jemand vom Erblasser mit der Vollführung seines Willens beauftragt, also als sein Repräsentant bestellt, ohne doch sein Erbe zu sein. Zweitens wird derselbe dazu nicht in seinem Interesse, sondern lediglich im Interesse Anderer berufen“. Note 3: „Es ist unrichtig und gegen die Natur des Verhältnisses, wie es im Leben liegt, wenn Gerber, §. 265, Note 7, den Executor zum Repräsentanten der Erben machen will. Er repräsentirt innerhalb seiner Wirksamkeit unmittelbar den Willen des Erblassers selbst“.

Digitized by Google

klar und deutlich aus dem Testamente hervorgeht; mag derselbe gehörig motivirt sein, das Interesse eines Dritten oder des Testators selbst berühren, oder nicht, vorausgesetzt jedoch, daß die Bestimmung nicht gegen Gesetz und gute Sitten verstößt, und sich unter den vorliegenden Umständen als ausführbar darstellt, in welcher Hinsicht auch das Deutsche Recht dem Testaments-Executor eine große discretionäre Gewalt einräumt. Mit dieser Beschränkung ist das Testament selbst für ihn Norm und Instruction, und erscheint er dem Erben, so wie jedem Dritten gegenüber nach der ihm vom Testator beigelegten Gewalt befugt und verpflichtet, ohne alle Nebenrücksichten die testamentarischen Anordnungen zur Ausführung zu bringen. — Ein Zweifel kann dieserhalb um so weniger übrig bleiben, als auch das canonische Recht ganz allgemein ohne weitere Unterscheidung die Beobachtung der „Jussa et vota defuncti", deren Ehrbarkeit vorausgesetzt, vorschreibt, und auch das spätere Römische Recht in ähnlicher allgemeinen Weise die Aufrechterhaltung der piae dispositiones den Bischöfen zur Pflicht macht, ohne die unmotivirten Verbote irgend wie hiervon auszuschließen, und auch bei den speciell angeordneten Executoren und Administratoren von frommen und milden Stiftungen unbedingte Unterordnung unter die testamentarischen Anordnungen des Stifters voraussetzt.

Nach Vorstehendem dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß in dem vorliegenden Fall von dem zur Aufrechterhaltung des Testamentes der Marie Gertrude B. von dieser testamentarisch bestellten General-Executor wider die Bestimmung dieser Erblässerin zu handeln, und die Zinsen des legirten Capitals, statt zu capitalisiren, zur Unterhaltung der minderjährigen Legatare zu verwenden, nicht ohne weiteres verlangt werden konnte, daß aber besondere Umstände, welche den Testaments-Executor nicht nur berechtigten, sondern auch verpflichteten, gegen jene ausdrückliche Bestimmung des Testamentes die fraglichen Zinsen dennoch zur Unterhaltung der minderjährigen Legatare zu verwenden, nicht dargelegt worden sind, daß daher jene Waisen allerdings als solche angesehen werden mußten, denen bei dem,

Digitized by Google

der sofortigen Zinsbenutzung rechtlich entgegenstehenden Hinderniß die Mittel zu einem standesmäßigen Unterhalte fehlten, und daß demnach die Klage auf Rückzahlung der empfangenen Beihülfe aus diesem Grunde als ungegründet zurückzuweisen sei. Da ohne die Anordnung eines Testaments-Executors Seitens der gedachten Testatrix die Anordnung der Capitalisirung der Zinsen des legirten Capitals ohne rechtlichen Schutz gewesen wäre, und der Direction der Wittwen- und Waisenanstalt alsdann das Recht auf Zurückforderung des Gezahlten nicht hätte abgesprochen werden können, so gibt dieser Fall einen praktischen Beleg, von welcher Wichtigkeit und Bedeutung die Anordnung eines Testaments-Executors unter besondern Umständen werden kann.

Schließlich lassen wir nunmehr das in obiger Sache am 5. Mai 1855 ergangene, bereits erwähnte Erkenntniß des Oberappellations-Gerichtes zu Cassel nebst dessen Entscheidungsgründen folgen.

„In Erwägung,

daß derjenige Vermögensbestand, welchen die Schwester des mütterlichen Großvaters der Verklagten diesen letztwillig mit der Anordnung zugewendet hat, daß derselbe auf Zinsen ausgeliehen und den Verklagten erst nach eingetretener Volljährigkeit zu ihrem Nutzen verabreicht werden soll, als ein die Mittel zum standesmäßigen Unterhalt gewährender Vermögensbestand im Sinne des §. 18. der in Rede stehenden Statuten nicht angesehen werden kann, da nach Maaßgabe der angeführten letztwilligen Disposition die Verklagten vor erlangter Volljährigkeit davon keine Jahreseinkünfte zu beziehen haben,

daß eine Verbindlichkeit des Verwalters jenes Vermögensbestandes, von dieser testamentarischen Vorschrift abzugehen, namentlich wegen dringenden Bedürfnisses der Verklagten, nicht dargelegt worden ist,

und die wider die bindende Kraft der erwähnten Anordnung vorgebrachte appellantische Ausführung sich als unbegründe

darstellt, da — abgesehen von der Frage, ob bei der dargelegten Absicht der Erblasserin, durch Ersparung der Zinsen zu Capital den Verklagten das ihnen Zugedachte in vergrößertem Bestande zuzuwenden, von einem für die Honorirten nicht verbindlichen nudum praeceptum die Rede sein könne — jedenfalls der in dem Testamente der Erblasserin ernannte Executor vermöge der gemeinrechtlich über dessen Obliegenheiten bestehenden Grundsätze an sich für verpflichtet angesehen werden muß, dieselbe in Vollziehung zu setzen,

wird die erhobene Berufung als unbegründet zurückgewiesen". —

Nachtrag

zu dem in diesem Hefte unter I. mitgetheilten Aufsatze über die stillschweigende Pupillar-Substitution.

Vom

Oberappellationsrath **Dr. Elvers.**

Der obengedachte Aufsatz war bereits gedruckt, als das neueste Heft des Archivs für die civilistische Praxis (Bd. XXXVIII, H. 3. Nr. 13. S. 305 ff.) einen „Beitrag zur Lehre von der *substitutio tacita* nebst einem Rechtsfalle" von Hrn. Dr. Karl Fuchs, Privatdocenten zu Marburg brachte. Der dort erwähnte, S. 317—328 ausführlich referirte Rechtsfall ist derselbe, welcher unserm Aufsatze zum Grunde liegt, und der inzwischen auch in den „Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen", herausgegeben von OAG.Secretar Heuser (3. Jahrg. Nr. III, S. 144 ff.) aus den Acten Koch g. Berngas [3894] 1855, nebst einem Resumé der Discussion in höchster Instanz mitgetheilt worden ist. Aus letzterem erhellt, daß die Gründe, welche der Hr. Dr. Fuchs gegen die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes geltend zu machen sucht, und welche im Wesentlichen darauf beruhen, daß das Römische Recht den Beweis fordere, daß der Testator bei Anordnung der Vulgar-Substitution nur diese beabsichtigt habe, in der Discussion vollständig berücksichtigt und von der Minorität des Gerichtes vertreten worden sind, was die Majorität jedoch nicht abgehalten hat, der Ausführung des Referenten beizutreten.

Wir haben in dem obigen Aufsatze die Gründe im Weiteren darzulegen versucht, weßhalb wir die Worte der l. 4. C. 6, 26, *de impuberum et aliis substitutionibus*: „*si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur*", nicht dahin verstehen können, daß überall, wo der Beweis der *contraria voluntas* nicht vollständig von den Intestat-Erben geführt werden könne, die Pupillar-Substitution als in der Vulgar-Substitution enthalten angesehen werden müsse, und dabei namentlich auf die Ausführungen von Mühlenbruch und Göschen Bezug genommen, welche eine auch nur mit Wahrscheinlichkeit an-

Digitized by Google

zunehmende, oder eine aus besondern Gründen auch nur zu vermuthende entgegengesetzte Absicht des Testators berücksichtigt wissen wollen.

Hr. Dr. Fuchs ist jedoch für seinen Satz, „daß das Römische Recht den Beweis verlange, daß der Testator bei Anordnung der Vulgar-Substitution nur diese beabsichtigt habe", unsers Dafürhaltens den Beweis schuldig geblieben. Aus den obigen Worten der l. 4. des Rescriptes des Kaisers Alexander geht dieser Beweis nicht hervor, wie von uns ausführlich nachgewiesen worden ist. Auch aus den Worten Modestin's in l. 4, §. 2 D. 28, 6, *de vulgari et pupillari substitutione*: „*Ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur*", erhellt nur, daß jener Satz von der im Zweifel auf beide Casus zu beziehenden Substitutio nicht gegen den Willen des Testators geltend gemacht werden kann, nicht aber, daß hier eine derartige *Praesumtio juris* vorliegt, die überall eintritt, wo nicht das Gegentheil erwiesen ist. Es dürfte hier nicht am unrechten Orte sein, an die Worte des *Paulus* lib. XVI. ad Plautium in der l. 1 D. 50, 17, *de regulis juris antiqui*, zu erinnern: „*Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*". Wenn man von der Regel der Praesumtio juris hier ausgeht, dann gelangt man leicht und einfach zu den Behauptungen, daß die Pupillar-Substitution so lange als in der Vulgar-Substitution enthalten anzusehen sei, als nicht das Gegentheil vollständig erwiesen. Allein es handelt sich zunächst um das „*Jus, quod est*", und ob dieses die Anwendung jener Regel hier gestatte, und das ist es eben, was wir in Abrede stellen; weßhalb wir auch das, was Herr Dr. Fuchs „als aus dem Begriff und der Wirkung jeder Praesumtio juris von selbst folgend", bezeichnet, nicht für beweisend halten können. Wenn derselbe schließlich bemerkt, daß die l. 9 C. 6, 25, *de institut. et substitut.* mit der Decision Justinians zu Gunsten der Mutter nach ihrer ganzen Fassung singulär sei, so beziehen wir uns dagegen auf die entgegengesetzte Ausführung in unserer obigen Abhandlung.

Digitized by Google

VI.

Supplemente des Beitrags zum dritten Bande dieses Archivs: Die civilrechtlichen Folgen der außerehelichen Beiwohnung nach Maßgabe der Großh. Hess. Gesetze vom 30. Mai 1821 und auf den Grund von Gerichtsaussprüchen.

Von

Herrn Advokat **Bopp** in Darmstadt.

Der oben erwähnte Beitrag des Herrn Weygand zum dritten Band dieses Archives (S. 244 ff.) ist um so verdienstlicher, da bis auf den Tag die Frage, ob der Gesetzgeber dem in diesem Gesetze adoptirten Grundsatze: daß die Aufsuchung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes unzulässig sei, huldigen soll? eine schwebende ist[1]) und so die Darstellung der Rechtsprechung der Gerichte, welche veranlaßt waren, das Gesetz anzuwenden und auszulegen, der Beantwortung der Frage einen willkommenen Stoff darbietet. Aus diesem Grunde, und um dazu beizutragen, daß die Darlegung dieser Rechtsübung an Abrundung gewinnt, möge mir ein Nachtrag gestattet sein.

---

1) Wohl konnte Bluntschli S. 332 des zweiten Bandes seines deutschen Privatrechts, München 1852, sagen: Die Gesetzgebung unserer Zeit beschäftigt sich sehr mit dieser praktisch äußerst wichtigen Frage, hat aber dieselbe in ganz verschiedenem Sinne beantwortet.

Digitized by Google

Da die Literatur des Gesetzes in dem Beitrage des Herrn Weygand ihre neueste Bereicherung gewonnen hat, während er die älteren Erscheinungen unberührt ließ, so will ich sie zuerst überblicken.

Von Anfang an war jenes Gesetz, das gleich nach seinem Hervortreten die Presse beschäftigte — s. die Schrift: Schattenrisse der naturgemäßen, gesetzlichen und gebräuchlichen Verhältnisse der beiderlei Geschlechter zu einander, aus der Zeit und der Vorzeit. Bei Gelegenheit des von einer Ständeversammlung Deutschlands aufgenommenen Napoleonischen Gesetzes der Vaterschaft der Unehelichen. Frankf. 1821. — der Gegenstand meiner Aufmerksamkeit, da es meinem Rechtsgefühle nicht zusagte[2]). Mit in der Absicht, dazu beizutragen, daß sich die Critik ihm zuwende, bearbeitete ich einen ausführlichen Beitrag zum dritten Bande des Müller'schen Archivs der Gesetzgebung, Mainz, 1833 (S. 439—476), in welchem ich, unter Beiziehung der Literatur des Gegenstandes, die ständischen Verhandlungen darstellte, aus denen das Gesetz hervorging. Denn die Stelle in der Floret'schen Schrift: Historisch-kritische Darstellung der Verhandlungen der Stände-Versammlung des Großherz. Hessen im Jahr 1820 und 1821. Gieß. 1822, (S. 262—269), wo der Verfasser von dem Gesetze handelt[3]), ist nicht sowohl ein Ueber-

---

2) Ich sage mit Bluntschli a. a. O.: Man kann nicht übersehen, daß mit der Maternität auch mancherlei Vortheile und mit der Paternität die Gefahr mannichfaltigen Mißbrauchs verbunden ist. Aber entscheidend in dieser Frage scheint mir, daß der Grundsatz der Maternität mit dem natürlichen Gesetz, daß alle Kinder sowohl einen Vater, als eine Mutter haben und mit dem Princip der sittlichen Weltordnung, welches die wirklichen Eltern mit den von ihnen stammenden Kindern verbindet, und auch dem Vater Pflichten gegen die Kinder auferlegt, die seiner Zeugung ihr Dasein schulden, in einen schreienden Widerspruch geräth.

3) Verwandt ist der Beitrag zum Jahrg. 1830 der allgem. Justiz-, Cameral- und Polizeifama, Nr. 59, 60: Ueber Fornicationsprozeß und Fornicationsstrafen im Großherzogthum Hessen mit Berücksichtigung der darüber auf dem letzten Landtage stattgehabten Verhandlungen. (Diese

Digitized by Google

blick der ständischen Verhandlungen über den Entwurf desselben, als ein Panegyricus dieser Gesetzgebung nach dem Vorbilde des französischen Civilgesetzbuchs, das natürlich genug den Geist der Nation abspiegelt, für welche es bestimmt ist[4]).

Die Schrift des Herrn Professor Röder in Heidelberg: Kritische Beiträge zur Vergleichung merkwürdiger deutscher und ausländischer Gesetzgebung und Rechtspflege über die außereheliche Geschlechtsgemeinschaft, Vaterschaft und Kindschaft, zunächst in Bezug auf den Art. 340 des Code Napoléon: „La recherche de la paternité est interdite". Darmst. 1837, gehört ebenfalls hierher, da sie das hessische Gesetz speciell in's Auge faßt, indem sie es bekämpft[5]).

Noch ist hinzudeuten auf den allein erschienenen ersten Band des Werks von Gett: Theoretisch-praktische Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder, sowie der Deflorations-Entschädigung in Hinblick auf die vorzüglicheren Gesetzgebungen Deutschlands und der Nachbarstaaten ꝛc. Nördlingen 1851[6]), welcher S. 15 ꝛc. unser Gesetz und dessen Beibehaltung im Entwurfe des Civilgesetzbuchs betrachtet.

Diesem Ueberblick der Literatur des Gesetzes schließt sich ein Hinblick auf die ständischen Verhandlungen zweier Landtage an. Auf dem Landtage von 1841 auf 1842 stellte ein rechtsgelehrtes

---

Verhandlungen berühren den Antrag des Abg. v. Bibra auf dem Landtage von 1829 auf 30 auf Revision des Gesetzes im Interesse der unschuldigen außerehelichen Kinder).

4) Vergl. Schubert: Phantasien, Meinungen ꝛc. Ein gedrucktes Manuscript. S. 487, wo dieser rheinhessische Gutsbesitzer den Art. 340 des Code Napoleon critisirt und sein Bedauern ausspricht, daß dieses Gesetz „auch in Deutschland hin und wieder Eingang" gefunden.

5) Meine Anzeige dieser Schrift S. 354—357 des Jahrg. 1839 der kritischen Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft.

6) S. über diese Schrift den ersten Band der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Arndts ꝛc. München 1853, S. 310—312.

Digitized by Google

Mitglied der zweiten Kammer, davon ausgehend, daß die Praxis über die Frage: ob das Gesetz die Einrede der Wahrheit abschneide, schwankend sei, den Antrag: darauf hinzuwirken, daß die Controverse durch die Gesetzgebung entschieden werde[7]. Der von dem Abg. (Oberappellationsrath) Müller Namens des Gesetzgebungsausschusses erstattete Bericht[8]) erkannte an, es habe „sich der Zweifel ergeben, ob das Verbot der Ermittelung der Paternität lediglich auf die in dem Nachsatze erwähnten Kindschaftsklagen und Privatsatisfactions- und Kostenvergütungsansprüche zu beschränken oder auch auf den Fall auszudehnen sei, wenn die Mutter eines außerehelich gebornen Kindes im Publicum Jemanden als dessen Vater bezeichnet, und, wegen dieser Diffamation mit einer Injurienklage belangt, der letzteren die Einrede der Wahrheit entgegensetzt", indem er hinzufügte: „Das Gr. Oberappellationsgericht[9]) und Hofgericht der Prov. Starkenburg[10]) sind der ersten Meinung, indem diese Gerichts-

7) Verhandlungen der zweiten Kammer der Landstände etc. Beilagen. Zweiter Band, Beil. Nr. 140.

8) Verhandlungen etc. Beilagen. Dritter Band. Beil. 284.

9) Präjudiz Nr. 141 der gedruckten Sammlung, mitgetheilt S. 245 des dritten Bandes dieses Archivs. Aus diesem Ausschußbericht, erstattet von einem Mitgliede des obersten Gerichts, geht hervor, von welchen Motiven dessen Rechtsprechung dictirt wurde.

10) Den die Praxis dieses Mittelgerichts darstellenden Rechtsfall habe ich im ersten Theil meiner Mittheilungen. Darmst. 1830, S. 90—106 dargelegt. Dort habe ich auch die Entscheidungsgründe des Gerichts erster Instanz (S. 95. 96), das gleicher Ansicht, hervorgehoben. Vor mir liegt ein Bescheid dieses Gerichtshofs vom 3. October 1829, dahin gehend: Könnte und würde Kläger — beweisen, daß sich die Beklagte berühmt habe, daß er der Vater des von ihr gebornen Kindes sei, so soll, vorbehaltlich des Gegenbeweises für die Beklagte und namentlich des Beweises der vorgeschützten Einrede der Wahrheit, weiter ergehen, was Rechtens etc. Nachdem die Beklagte diesen Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, erkannte Gr. Hofgericht unterm 16. Juli 1830 dahin, daß Kläger schuldig sei, den von ihm angenommenen Eid dahin auszuschwören, daß er sich im Jahr 1828 mit der Beklagten zwischen dem 280sten und 181sten Tage vor deren Niederkunft nicht fleischlich vermischt und daß er, nachdem ihm deren Schwangerschaft bekannt geworden,

Digitized by Google

höfe von der Ansicht ausgehen, daß das Gesetz als correctionell, im strengsten Sinne zu interpretiren sei, und es nicht in dessen Absicht gelegen haben könne, die Nachforschung außerehelicher Vaterschaft auch in Gestalt der Einrede der Wahrheit zu unterdrücken, weil man, ohne augenscheinlich gegen die ersten Rechtsprincipien zu verstoßen, entweder die Ermittelung dieser Einrede zulassen, oder verfügen müsse, daß die Behauptung außerehelicher Schwängerung keine Injurie enthalte und keine Injurienklage nach sich ziehe, indem nirgends ein Gesetz bestehe, welches verbiete, wahre Thatsachen in nicht injurirender Form zu erzählen. Das Gr. Hofgericht der Provinz Oberhessen ist dagegen der andern Meinung, indem es annehmen zu müssen glaubt, daß der Gesetzgeber, während er die Ermittelung der außerehelichen Vaterschaft behufs der wesentlichen Rechte, wie derjenigen des Kindes auf Anerkennung und Ernährung, und der Mutter auf Satisfaction und Kosten-Vergütung untersagt, nicht die Absicht gehabt haben könne, diese Ermittelung noch zum Schutze des unter solchen Umständen ganz werthlosen Rechts, den außerehelichen Schwängerer öffentlich zu nennen, gestatten, zu dem Ende gegen die deßhalb erhobene Injurienklage die Einrede und den Beweis der Wahrheit zulassen, und so die ärgerlichen und sittenverletzenden Schwängerungsprozesse, welche man gänzlich abzuschaffen beabsichtiget, auf einem anderen Wege wieder in's Leben rufen zu wollen". Zugleich zeigte aber der Ausschuß auf die eingeholte Erklärung des Regierungscommissars, Ministerialraths Dr. Breidenbach hin, daß die Controverse in das Elternrecht einschlage, das einen Theil des Personenrechts ausmache, und dieser Theil des Entwurfs des Civilgesetzbuchs bald der ständischen Berathung hingegeben werden solle, und trug darum darauf an, den Antrag vorerst auf sich beruhen zu lassen.

Diesem Vorschlag des Ausschusses wurde Folge gegeben[11]).

---

sich weder ausdrücklich noch stillschweigend gegen die Beklagte als Vater des von ihr gebornen Kindes erkannt habe.

11) Verhandlungen ꝛc. Protokolle. Vierter Band. Protokoll 78, S. 2, 3.

Digitized by Google

Bekanntlich wurde auf dem Landtage von 1844 und 1847 dieser Entwurf des Personenrechts den Ständen vorgelegt, und so kam in der Sitzung der zweiten Kammer am 17. Dec. 1846 der Art. 48 des Tit. III. (Elternrecht) zur Verhandlung, dessen Pos. 2 lautete:

„Die Erforschung der außerehelichen Vaterschaft — ist, insofern dadurch die Erzeugung des außerehelichen Kindes unmittelbar erwiesen werden soll, so wie jede darauf gerichtete Klage oder Einrede untersagt.

Zur Motivirung hatte der Artikel die wenigen Worte zur Seite: Art. 48 hat das in den drei Provinzen bereits seit längerer Zeit bestehende Verbot einer directen Erforschung der außerehelichen Vaterschaft beibehalten, weil die Erfahrung theilweise wohlthätige Wirkungen und keinen erheblichen Nachtheil ergeben hat".

Ich glaube, daß, wenn ich eine Uebersicht der Berathung der Pos. 2 des Art. 48 in jener Sitzung der zweiten Kammer[12]) liefern würde, ich Billigung finden würde, weil das darin adoptirte Princip noch immer eine Frage der Gesetzgebungspolitik bildet[13]). Indessen will ich mich darauf beschränken, Einiges hervorzuheben.

Die Berathung eröffnete der Abg. Professor Schmitthenner mit einer geistreichen Philippira gegen das Vorge-

---

12) Verhandlungen der zweiten Kammer 2c. Protokolle. Fünfter Band, Protokoll 91, S. 37—62.

13) Der Herr Verf. der Schrift: Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfs der ersten Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großh. Hessen. Darmstadt 1844, Dr. Hoffmann, hat sich S. 110 für dieses Princip ausgesprochen, indem es sich als „heilsam erwiesen" habe.

Vergl. den Beitrag des Prof. Arndts in München zum XIX. Bd. der krit. Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, 1846, S. 232 2c., wo derselbe jenen Art. 48 betrachtet, und den Beitrag des Advokaten Burgold in Darmstadt zum VII. Bd. der Zeitschrift für deutsches Recht: Praktische Bemerkungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großh. Hessen Th. I, das Personenrecht enthaltend, S. 371, wo derselbe das Gleiche thut.

Digitized by Google

schlagene, indem er sich auf die Röder'sche Schrift, meine Besprechung derselben in den kritischen Jahrbüchern und eine Beleuchtung des Art. 48 S. 292 rc. des Jahrgangs 1845 der Anwalt-Zeitung aus der Feder des nun verstorbenen Advokaten Heinrich Karl Hofmann bezog. Indessen fand er die ganze Kammer als Gegnerin, so daß das ganze Ergebniß darin bestand, daß der Artikel (mit einer Modification) durch 45 Stimmen gegen eine angenommen wurde[14]). Uebrigens wurde doch die Bemerkung des Regierungscommissärs (Ministerialrath Dr. Breidenbach) hervorgerufen: „Von mehreren deutschen Staaten sind Anfragen an die Großherzogliche Regierung gelangt, welche Erfahrungen man in Beziehung auf dieses Gesetz von 1821 gemacht habe[15]). Thatsache ist es, daß dasselbe von allen diesen Regierungen in ihren Ländern nicht eingeführt worden ist[16]), obgleich die hiesige Regierung erwiedert hätte, es seien keine nachtheiligen Folgen bemerkbar geworden". Ein Fingerzeig!

Weiter wurde die Frage der Zulässigkeit der Einrede der Wahrheit berührt. Der Abg. Frank (Oberappellationsrath) nahm dahin das Wort: In dem zweiten Absatz des Artikels sei die Erforschung der außerehelichen Vaterschaft sowohl mittelst einer Einrede, als auch mittelst einer Klage untersagt, es frage sich aber, ob dieses Verbot so weit gehe, daß der Beweis der außerehelichen Vaterschaft auch dann unzulässig sei, wenn der nächste Zweck nicht deren Ausmittelung, sondern Fernhaltung

---

14) Verhandlungen a. a. O. S. 62. 63.

15) Zu diesen Staaten gehörte auch die freie Stadt Frankfurt a. M. s. Gett a. a. O. S. 29—32.

16) Eine Uebersicht der Gesetzgebung in andern deutschen Staaten in der angeregten Beziehung habe ich in meinem Beitrage zum ersten Band des Rechtslexicons, herausgegeben von Weiske, Leipz. 1839, s. v.: Beischlaf, außerehelicher, S. 843—851 geliefert.
S. noch Zachariä: Zur Vergleichung des französischen und des englischen Rechts mit dem gemeinen deutschen Rechte in der Lehre von dem Rechte unehelicher Kinder, die Paternitäts- oder Vaterschaftsklage anzustellen (Zeitschr. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. X, 1838, S. 1—46).

Digitized by Google

einer Strafe frei? Der Reg. Commissär entgegnete, unter Darlegung der Gründe, daß allerdings die Einrede der Wahrheit ausgeschlossen sein solle.

Da der Versuch der Einführung eines Civilgesetzbuchs bekanntlich bis jetzt nicht zum Ziele geführt hat, so herrscht noch immer das Gesetz vom Mai 1821 mit der es umgebenden Praxis.

Herr Weygand hat diese Praxis nach den ihm zugänglichen Quellen beurkundet und dadurch zu weitern Darlegungen derselben angeregt. In Folgendem mein Beitrag:

Im Jahr 1850 erwuchs durch Oberappellation des Beklagten an das oberste Gericht ein Rechtsstreit[17]), welcher durch die Klage der Mutter eines Adulterinen gegen dessen verheiratheten Vater auf Alimentation, gestützt auf die Behauptung, daß derselbe seine Vaterschaft anerkannt habe, veranlaßt wurde. Das Tribunal ging bei Erlassung seines Erkenntnisses vom 18. October davon aus, daß, da die Klage und die ihr entsprechende Beweisauflage nicht auf die Ermittelung der Vaterschaft, resp. des Acts der Erzeugung, sondern auf die Behauptung der stattgehabten Anerkennung der Vaterschaft gegründet sei, ihr nach seiner constanten Rechtsprechung das Gesetz vom 30. Mai 1521 nicht entgegen gehalten werden könne. Also Festhaltung der bisherigen Praxis.

Da es sich von der weitern Frage handelte, ob Adulterinen ein Klagrecht gegen ihren Vater auf Alimentation zustehe, so erhob sich das angeregte Bedenken, ob sich das Tribunal in der Fassung des Präjudizes Nr. 98 dahin ausgesprochen habe, daß Adulterinen dieses Klagrecht zustehe? Bei der Aburtheilung ging das Tribunal davon aus, daß dieses nicht der Fall sei. Indem jenes Gesetz ganz allgemein von natürlichen Kindern rede, unter denen außereheliche zu verstehen seien, so habe die Absicht des Präjudizes nur die sein können, das gemeine Recht gegen eine zu weit gehende Auslegung des Gesetzes zu wahren,

17) Wittwe R. in Darmstadt, Klägerin, gegen Aufseher A. daselbst, Beklagte.


Digitized by Google

nicht die, jene nicht unbestrittene Frage des gemeinen Rechts zu entscheiden. Denn dieses sei daraus zu folgern, weil in allen den Fällen, welche dem Präjudiz zu Grunde lägen, von Adulterinen im Gegensatze zu bloßen Spuriis keine Rede gewesen sei, es also am Anlasse gefehlt habe, sich darüber auszusprechen, ob das Präjudiz auch die Ersteren umfassen solle. So sei die Frage, die nach gemeinem Recht zu beantworten sei, unberührt geblieben.

In einem im J. 1854 vor das oberste Gericht zur Aburtheilung gekommenen Rechtsfalls [18]), in welchem die von einer unehelichen Mutter gegen den angeblichen Vater ihres Kindes gerichtete Alimentations-Klage, welche darauf gestützt war, daß der Beklagte sich als Erzeuger des Kindes bekannt habe, die Einrede entgegengesetzt worden war, daß diese Anerkennung der Zeit angehöre, zu welcher der Beklagte noch minderjährig gewesen sei, hatte sich eine Verschiedenheit der Ansichten über die Statthaftigkeit dieser Einrede gezeigt. Mit Stimmenmehrheit wurde dieselbe verworfen, indem die Majorität der Votante von folgender Erwägung dabei geleitet wurde: Der Grund der Verbindlichkeit des außerehelichen Vaters zur Alimentation war vor dem Gesetze vom 30. Mai 1821. Das Paternitätsverhältniß, das eine obligatio ex re erzeugte. Das Gesetz hat hierin nichts geändert, kein neues Fundament der Verbindlichkeit geschaffen, nur die Mittel zum Beweise der Paternität auf die freiwillige Anerkennung derselben beschränkt. Die Anerkennung begründet nicht die Alimentationspflicht, beweist nur als Geständniß die Existenz des Grundes der Verbindlichkeit [19]).

In S. der Cath. K. von U. Klägerin, gegen A. K. zu K. Beklagter, Vollziehung eines Eheverlöbnisses, resp. Alimenta-

18) Dieses Falls ist bereits im 3. Bde. dieses Archivs S. 308 f. gedacht. Er ist hier nur in seiner Beziehung zum Gesetz vom 30 Mai 1821 wieder vorgeführt.

19) Ein in neuester Zeit entschiedener hierher gehöriger Rechtsfall ist ebenfalls der Mittheilung werth.

Digitized by Google

tion und Schädensersatz betreffend, war vom Untergericht, auf Grund der vorausgegangenen Verhandlungen, der Klägerin der Beweis auferlegt worden: entweder a) daß Beklagter sie im Laufe des Jahres 1852 geschwängert und ihr bei oder schon vor der Schwängerung die Ehe versprochen oder b) daß Beklagter die bemerkten Thatsachen der Klägerin gegenüber anerkannt habe. Die Klägerin fühlt sich dadurch beschwert, daß nicht auch das bloße Concumbiren (abgesehen von der Schwängerung), oder das Anerkenntniß der stattgehabten Beiwohnung zum Beweise ausgesetzt worden sei. Es erfolgte in 2. Instanz ein Abschlagsdekret und ebenso auch in 3. Instanz von dem OAG. in Darmstadt. Der Ref. bei dem obersten Gerichte führte Folgendes aus: Es scheine allerdings, daß die Klägerin dadurch verletzt worden, daß die Sentenz der auf die Kirchenagende von 1724 sich gründenden constanten Praxis zuwider das zur Corroborirung eines unförmlichen Eheverlöbnisses genügende Factum der bloßen fleischlichen Vermischung gänzlich unberücksichtigt gelassen habe. Allein es stehe einer jeden Beweisführung, welche die Ausmittelung des Vaters eines durch außerehelichen Beischlaf erzeugten Kindes, wie überhaupt auch nur die Ermittelung eines außerehelich vollzogenen Beischlafs zum Gegegenstand habe, das Gesetz vom 30. Mai 1821 durchaus entgegen. Dasselbe müsse von dem Beweis des Anerkenntnisses der außerehelichen Beiwohnung gelten. Allerdings begründe das Anerkenntniß der Vaterschaft eines außerehelich erzeugten Kindes eine Klage; allein es sei dasselbe mit der Anerkennung des außerehelich vollzogenen Beischlafs nicht auf gleiche Linie zu stellen. Denn während jenes ein selbstständiges fundam. agendi für das anerkannte Kind sowohl, als für dessen Mutter (für die letztere auf einen angemessenen Beitrag zur Alimentation des Kindes) involvire, erscheine diese Anerkennung an und für sich als ein rechtlich ganz indifferenter Act, welcher nicht geeignet sei, irgend eine klagbare obligatio zwischen den Concumbenten zu begründen. Höchstens könne ein derartiges Anerkenntniß als ein Beweisgrund zur Ergänzung eines anderen Beweises, welcher einer Parthie in einem

Prozesse obliege, benutzt werden, und da, wo dieses geschehe, müsse eben darum, weil es nur einen Beweisgrund, nicht aber ein selbstständiges fundamentum agendi involvire, jede Art des directen Gegenbeweises dagegen, also namentlich auch der unmittelbare Gegenbeweis, daß eine fleischliche Vermischung nicht stattgefunden habe, freigelassen werden. Ein solcher Beweis würde aber gegen das Gesetz vom 30. Mai 1821 verstoßen, und daraus folgen, daß auch eine auf die Constatirung eines Anerkenntnisses jener Art abzweckende Beweisführung nicht zugelassen werden könne. Der Corref. bemerkte dagegen: Für eine Klage auf Erfüllung eines unförmlich eingegangenen Eheverlöbnisses sei der Umstand, daß der Beklagte, angeblich Verlobte, die Klägerin geschwängert habe, für sich allein betrachtet, gleichfalls ein rechtlich indifferenter Punkt, der selbstständig wenigstens der Klägerin das angesprochene Recht nicht gewähre, und dennoch werde ein Anerkenntniß der unter Eheverspruch erfolgten Schwängerung als Fundament der gedachten Klage unbedenklich zum Beweis ausgesetzt. Ueberhaupt sei jedes Anerkenntniß strenge genommen nur ein Beweisgrund. Das Anerkenntniß der Vaterschaft erzeuge lediglich deßhalb Verpflichtungen auf Seite des Anerkennenden, weil hierdurch das factum obligatorium, die Vaterschaft, festgestellt werde. Laße man aber bei Klagen auf Alimentation unehelicher Kinder, auf Vollzug unförmlicher Verlöbnisse rc. einmal zu, daß die die Klage begründenden Thatsachen, weil das Gesetz eine directe Beweisführung hierüber verbiete, per indirectum (durch ein darüber abgelegtes rechtsgültiges Bekenntniß) dargethan würden, so könne es auch keinen Unterschied machen, ob die betreffenden Thatsachen für sich allein Rechte erzeugten, oder nur in Verbindung mit anderen Thatsachen; die Consequenz verlange vielmehr, daß in dem einen, wie in dem anderen Falle der Beweis mittelbar geführt werden dürfe. Man könne daher nicht annehmen, daß der Beweis eines Anerkenntnisses einer unter Eheversprechen geschehenen fleischlichen Vermischung zur Begründung einer actio

ex sponsu nicht auferlegt werden könne. Dessenungeachtet müsse man die Beschwerde für verwerflich erklären. In der Klage sei nämlich nicht bloß behauptet, daß der Beklagte den Beischlaf mit der Klägerin verübt, sondern zugleich auch, daß er diese geschwängert und dieselbe ihm einen Sohn geboren habe. Es sei aber klar, daß der Beklagte, möge er auch die Klägerin noch so oft gebraucht haben, dennoch an das Eheverlöbniß rechtlich nicht gebunden sei, wenn er nicht der Schwängerer und das Kind nicht das seinige wäre. Es komme daher eine stattgehabte fleischliche Vermischung selbstständig und für sich allein nicht in Betracht, sondern die einzig relevante Thatsache sei die angebliche Schwängerung der Klägerin durch den Beklagten und diese mit Recht in den Beweissatz aufgenommen worden.

Diese Entwicklung des Corref. wurde von dem Gerichtshof gebilligt.

(Entsch. am 2. Jan. 1856. Z. R. A. 256*).

In meinem Beitrage zum zweiten Band des Jahrg. 1855 der Zeitschrift: Der Gerichtssaal: Ein deutscher Anwaltverein über das Thema: Der Vertheidiger im schwurgerichtlichen Strafverfahren gedachte ich zum Zweck der Kritik der Gesetzgebung, welche vorschreibt, daß der Vertheidiger nur durch den Mund des Assisenpräsidenten den Zeugen befragen könne, eines eignen Erlebnisses. Ich hatte einen außerehelichen Bauernjungen zu vertheidigen und Anlaß dazu, daß ein Zeuge befragt werde, ob der Vater des Angeklagten für denselben Sorge getragen? Ich bat darum den Präsidenten, diese Frage an den Zeugen zu richten; er verweigerte dieses, weil das Gesetz die Erforschung der Vaterschaft verbiete und die Frage in den Kreis dieses Verbots falle. Ob mit Grund?

*) Diese Mittheilung rührt von der Redaction her und sollte in einer Note eine Stelle finden, ist aber aus Versehen in den Text aufgenommen worden.

Digitized by Google

VII.

Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

1.

Ueber die Frage, ob und inwiefern der Richter ex officio Früchte und Zinsen einer eingeklagten Hauptsache zuerkennen kann.

In einer Rechtssache, in welcher auf Einziehung eines Erbleih-Gutes aus einem gesetzlichen Privationsgrunde gegen die Erbleihträgerin geklagt worden war, kam in oberster Instanz die Frage näher zur Sprache, ob der Richter ex officio die durante lite gezogenen Nutzungen zusprechen könne.

Diese Frage wurde dort unter Berufung auf fr. 35. §. 1. Dig. VI, 1; fr. 25 §. 8 Dig. XXI, 1 und §. 2 et 3 inst. IV, 17 bejaht, und ward dann noch namentlich Folgendes bemerkt: Einige Rechtslehrer stellten zwar die Behauptung auf, daß die in jenen Stellen vorkommenden Worte officio judicis continentur u. s. w. mit der älteren Römischen Proceßform zusammenhingen, und daß damit nicht gesagt sei, der judex dürfe über etwas erkennen, um was die Partheien nicht gebeten, sondern nur, er dürfe in seinem Urtheil auf eine solche bei ihm gestellte Bitte noch Rücksicht nehmen, selbst wenn in der von dem magistratus ertheilten Instruction (in der formula judicii, welche als Regel seiner Entscheidung zur unabänderlichen Richtschnur dient) von Verzugszinsen und Früchten keine Rede gewesen sei.

S. Bayer, Vorträge S. 301 (ed. 7) und die daselbst cit. Böhmer u. Heffter, Leyser Med. spec. 37. Corr. 3.

Allein der letztere Theil der fr. 25 §. 8 dig. XXI, 1. und der darin gemachte Unterschied zwischen res, quae post judicium acceptum in judicio versantur, und solchen, quae ante judicium contingunt, so wie die Vorschrift, daß der Richter Erstere ex officio, Letztere aber nur alsdann berücksichtigen müsse, si fuerint ei nominatim injuncta, wiesen auf die unbedingte Verpflichtung des Richters hin, über die noch während des Laufs des Processes erwachsenen Früchte (Verzugszinsen) auch unaufgefordert zu sprechen. Dies werde noch bestätigt durch fr. 35 §. 1 Dig. VI, 1, wo allgemein gesagt sei, daß, wenn jemand auf ein fremdes (weder ihm, noch dem Beklagten gehöriges) Gut Klage erhoben und dasselbe zuerkannt erhalten habe, der Richter den Besitzer auch wegen der Nutzungen verurtheilen müsse (debet condemnare), weil dieselben nicht dem Vortheile des Beklagten, der einmal den Proceß verloren habe, anheimfallen dürften, und weil außerdem die Sache nicht als vollständig herausgegeben anzusehen wäre.

Nicht minder enthalte der speciell von dem Officio judicis handelnde Titel 17 der Institutionen, in dessen Eingang dem Richter zur Pflicht gemacht sei, nicht anders zu entscheiden, als wie es in den Gesetzen, den Constitutionen oder dem Herkommen begründet sei, im §. 3. die präceptive Vorschrift, daß da, wo auf Herausgabe der Sache geklagt sei, der Richter auch die Nutzungen während der Zwischenzeit, d. h. der Zeit, die zwischen der Erhebung der Klage auf Auslieferung und dem richterlichen Ausspruche liege, in Anschlag bringen müsse (rationem habere debet judex), sowie, daß bei einer Klage der erwähnten Gattung die einfache Herausausgabe der Sache nicht hinreiche, daß es vielmehr nothwendig sei, die Sache so zu exhibiren, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.

Erwäge man nun vorstehende gesetzliche Bestimmungen, und ziehe noch weiter in Betracht, daß zur Zeit der Anstellung der Klage der klagende Theil noch gar nicht habe wissen können, ob man vom beklagten Theile dem erhobenen Anspruch nicht in Güte nachkommen werde, ferner, daß damals noch keine während des Laufs des Processes gezogenen Nutzungen bestanden hätten, die Klage somit strenge genommen auf solche gar nicht hätte gerichtet werden können, sowie, daß nach Erledigung der Hauptsache eine besondere Klage auf Früchte der hier fraglichen Beschaffenheit und auf Verzugszinsen nicht gegeben sei, der beklagte Theil also etwas behalten würde, worauf er kein Recht habe, berücksichtige man endlich, daß die pendente lite gezogenen Früchte als natürlicher Zuwachs der Hauptsache, als pars derselben anzusehen sei, so sei es unbedenklich, daß der Richter selbst unaufgefordert auf solche erkennen müsse.

Digitized by Google

Diese Ansicht werde auch von bewährten Rechtslehrern getheilt.
S. Thibaut System §. 568 a. E. (6. Aufl.).
W. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. II, §. 21.
Glück Commentar Bd. VIII, S. 300.
Gönner Handbuch Bd. I, Abh. X §. 7 S. 244, §. 31 S. 269.
Martin Lehrbuch §. 87.
Klaproth ord. Proceß §. 204.
(Entscheidung vom 8. September 1846. H.

2.

Ueber die subjective Klagenhäufung namentlich im Falle eines Litisconsortium von Seiten mehrerer Beklagten.

Das Oberappellationsgericht zu Darmstadt hat in mehreren Entscheidungen den Grundsatz ausgesprochen, daß mehrere Beklagte, welche als Litisconsorten angesehen werden müßten, auch im Falle einer schwierigen Proceßverhandlung gleichzeitig in einer Klagschrift verklagt werden könnten, daß aber, im Falle ein solches Litisconsortium auf Seiten der Verklagten nicht vorliege, die subjective Klagenhäufung nur dann zulässig erscheine, wenn eine schwierige Proceßverhandlung sich nicht befürchten lasse. Zum Begriffe eines wahren Litisconsortium wurde hierbei vorausgesetzt, daß der verfolgte Anspruch nicht nur auf demselben Rechtsgrunde beruhe, sondern daß die mehreren auch in einer Communio stünden, daß ihnen der Gegenstand des Streites activ oder passiv gemeinschaftlich sein müsse.

Diese Grundsätze kamen in einem Falle zur Anwendung, in welchem ein Zehntherr, gegen mehrere Zehntpflichtige in einem Districte eine Besitzklage erhoben hatte, weil von diesen die Crescentien unausgezehntet nach Hause gebracht worden waren. — Das Zehntrecht war in diesem Falle von den Beklagten an sich nicht bestritten worden. — Das Gericht zweiter Instanz hatte die Klage wegen hier unzulässiger subjectiver Klagenhäufung, und weil es davon ausging, daß die Beklagten nicht als eigentliche Litisconsorten angesehen werden könnten, abgewiesen. Denn in der Verhandlung sei nicht das Zehntrecht selbst, nicht also das Gemeinsame, resp. das der Gemeinschaft begründende Fundament, sondern nur das jedem Beklagten Besondre, nämlich die Störung des Besitzes, die Entziehung der Zehntportion, resp. der Besitz zehntpflichtiger Ländereien, sowie die Größe der Crescenz des Zehnten und des verlangten Schadensersatzes bestritten worden.

Dieser Rechtsstreit gelangte im Wege der Oberberufung in die höchste Instanz.

Digitized by Google

Der dort bestellte Referent suchte hier die namentlich von Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. XV, S. 343 fgg. vertretene Ansicht zu vertheidigen, daß das Litisconsortium nur als eine species der im Allgemeinen unter Umständen zulässigen Klagencumulation zu betrachten sei, und blos als ein vorzugsweiser Grund für dieselbe gelten könne, im Uebrigen aber unter den Regeln einer erlaubten Klagencumulation stehe. Hierbei ward denn weiter ausgeführt, daß im vorliegenden Falle voraussichtlich keine Proceßverwirrung sich befürchten lasse, und es dem Gerichte unbenommen sei, im Falle eine besondre Schwierigkeit der Verhandlung sich ergeben sollte, ein separates Verfahren anzuordnen. — Endlich wurde aber geltend gemacht, daß die Klage jedenfalls dann zuzulassen sei, wenn man nach der bisherigen Rechtsprechung im Falle eines Litisconsortiums eine subjective Klagenhäufung immer gestatte, da hier ein Litisconsortium offenbar vorliege. Die Klage ruhe doch immer auf dem Zehntrechte, und relevire hier der Einwand nichts, daß es sich hier um Realisirung des zu specificirenden Schadens handle, da der Schade nur als Accessorium des Zehntrechtes, welcher mit keiner weitern Klage als der Hauptklage eingefordert sei, erscheine. Die Verschiedenheit der Besitzturbationsfacten, die verschiedene Größe der Zehntparcellen, und der Schadensersatzbeträge, worauf in voriger Instanz so viel Gewicht gelegt worden sei, könne von wenig rechtlichem Belange sein, denn dieses seien Verschiedenheiten, welche bei Verhältnissen dieser Art in der Natur der Sache lägen, und im Allgemeinen von secundärer Bedeutung wären, namentlich gelte dies von den Besitzturbationsfacten, welche im Wesentlichen doch darauf hinausliefen, daß der Zehnte, sei es auf diese oder auf jene Art, nicht gegeben worden sei.

Den letzteren Ausführungen trat der Correferent und mit ihm der oberste Gerichtshof auf Grund seiner früheren Rechtsprechung bei, und wurde hiernach die Zulassung der in zweiter Instanz abgewiesenen Klage beschlossen.

Entscheidung vom 17. October 1846. H.

3

Die auf ein auswärtiges Erkenntniß gestützte Actio judicati beurtheilt sich nicht nach den, die Vollstreckung auswärtiger Gerichtsaussprüche im Inlande betreffenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts.

Eine Kurhessische Verordnung vom 25. April 1826, die von ausländischen Behörden begehrte Rechtshülfe betreffend, bestimmt u. a. §. 3: „Die Vollstreckung der rechtskräftigen oder in

Digitized by Google

letzter Instanz erfolgten civilrechtlichen Urtheile ausländischer Gerichte wird auf deshalbiges Ersuchen, welches stets Unserm Obergerichte des betreffenden Bezirks zugehen muß, in Beziehung auf das in Kurhessen befindliche Vermögen diesseitiger Staatsangehörigen ebenso verfügt, als ob die Urtheile von einem inländischen Gerichte gefällt wären, jedoch mit Ausschluß folgender Fälle: 1) wenn die Vollziehung der Erkenntnisse Kurhessischer Civilgerichte in dem betreffendeu Auslande bis jetzt der Regel nach nicht gestattet war, wie namentlich in Frankreich, im Großherzogthum Baden und andern Ländern, worin die deßhalbigen Grundsätze der französischen Civilgesetzgebung noch befolgt werden. rc." Unter Bezugnahme auf diese gesetzliche Bestimmung hatte sowohl das Untergericht, als das Obergericht zu C. eine auf zwei rechtskräftige Erkenntnisse des Königlich Preußischen Kreisgerichtes zu S. in Sachen des Steigers K. zu U. gegen den Fabrikanten M. zu C. gestützte Actio judicati mit dem Bemerken, wie angebracht, zurückgewiesen, daß es bei dem jener Verordnung unterliegenden allgemeinen Grundsatze von keiner Erheblichkeit sei, ob auf Antrag der Partei, oder mittelbar auf Ersuchen des betreffenden Gerichts die Vollziehung begehrt werde.

Das Oberappellations-Gericht zu Cassel hob jedoch durch Decret vom 21. Februar 1854 die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen auf, und verordnete, daß vom Untergerichte in der Sache selbst zu erkennen sei, was Rechtens, und zwar in Erwägung:

„daß die gemeinrechtliche Actio judicali auf einer durch das rechtskräftige Erkenntniß herbeigeführten Obligatio zwischen dem Verurtheilten und der obsiegenden Partei beruht, und daher wesentlich eine privatrechtliche Grundlage hat, während der Antrag auf Hülfsvollstreckung eines gerichtlichen Erkenntnisses sich vorzugsweise auf die öffentlich-rechtliche Bedeutung des Richterspruches stützt,

und daher sowohl in Absicht auf die Zuständigkeit des deßhalb anzugehenden Gerichtes, als auch für die Begründung der ersten Anträge und für die weiteren Verhandlungen der Parteien, so wie auch für die gesammte Thätigkeit des Richteramtes bei beiden Arten, die Vollziehung einer richterlichen Entscheidung herbeizuführen, erheblich verschiedene Regeln bestehen,

daß diese Verschiedenartigkeit aber besonders hervortritt, wenn es sich davon handelt, einem im Auslande ergangenen gerichtlichen Erkenntnisse im Inlande Wirksamkeit zu verschaffen,

insbesondere durch die mittelst Requisition einer ausländischen Behörde begehrte Vollstreckung eines ausländischen Gerichtsausspruches im Innlande, bei der dadurch bezweckten Erweiterung der Amts-Sphäre der requirirenden Behörde, öffentlich-rechtliche Verhältnisse berührt werden, für deren Berücksichtigung die Landes-

Digitized by Google

gesetzgebung durch besondere Bestimmungen Sorge zu tragen, sich veranlaßt finden mag,
diese Rücksichten des öffentlichen Rechts aber bei der auf ein auswärtiges Erkenntniß gestützten Actio judicati wegfallen, da hier ein von dem inländischen Richter selbstständig zu beurtheilender und vor ihm allein von der betreffenden Partei im ordentlichen Rechtswege zu verfolgender Privatrechtsanspruch in Frage steht;
daß daher diejenigen Bestimmungen unserer Landesgesetzgebung, welche die von ausländischen Behörden begehrte Rechtshülfe betreffen, nicht ohne Weiteres für den Fall einer auf Grund eines ausländischen Erkenntnisses angestellten Actio judicati zur Norm dienen können,
hiernach aber von den Gerichten der beiden vorigen Instanzen die in Bezug genommene Verordnung vom 25. April 1826 auf den vorliegenden Fall mit Unrecht angewendet worden ist, und die Zurückweisung der angestellten Klage aus dem angeführten Grunde nicht gerechtfertigt erscheint". E.

4.

Steht zur Geltendmachung des Jus offerendi dem nachstehenden Pfandgläubiger ein Klagrecht gegen den bessern Pfandgläubiger zu?

Dem Leihhause zu F. ist von dem Bäckermeister S. daselbst für eine Darlehnsschuld des letztern u. a. eine Scheuer als Pfand verschrieben worden. S. verkauft diese Scheuer seinem Sohne Lorenz S. für 400 Rthlr. und cedirt die Forderung des rückständigen Kaufpreises dem Kaufmann Simon L. Als nun das Leihhaus gegen den Besitzer des Pfandes Lorenz S auf dessen Abtretung Behufs der Versteigerung klagt, dieser sich zur sofortigen Herausgabe des Pfandes bereit erklärt, und demgemäß das Untergericht diesen zur Abtretung schuldig erkennt, tritt der Kaufmann Simon L. als jüngerer Pfandgläubiger wegen des ihm vom Verkäufer, Bäckermeister S., cedirten Kaufgeldes von 400 Rthlr. interveniendo auf, und nimmt das Jus offerendi et succedendi gegen das Leihhaus in Anspruch, sich darauf berufend, daß er demselben, welchem außer dem in Rede stehenden Pfande dergestalt noch weitre Grundstücke verpfändet seien, daß vom Erlöse nicht nur dessen Darlehnsforderung, sondern auch seine Kaufgeldsforderung zu decken stände, Befriedigung an Hauptgeld, Zinsen und Kosten gegen Eintritt in seine, des Leihhauses, Pfandrechte angeboten, letzteres aber dieses verweigert habe, weßhalb er, mit dem Erbieten, das, was das Leihhaus zu fordern habe, ad depositum auszuzahlen, bitte, dasselbe anzuweisen, ihm gegen vollständige Zahlung des

Digitized by Google

Guthabens, rücksichtlich dessen der Beklagte zur Pfandabtretung verurtheilt werden, seine Pfandrechte so gewiß zu überlassen, als es sonst zu gewärtigen habe, daß die Deposition seines Guthabens auf seine, des Interventen, Gefahr und Kosten erfolge, und ihm, dem Intervenienten, durch gerichtliche Verfügung das Jenem zustehende Pfandrecht zuerkannt werde.

Als das Untergericht nach verhandelter Sache der Klagbitte entsprechend erkannt, und das interventische Leihhaus sich beim Obergericht zu Fulda beschwert hatte, wies dieses unterm 9. Febr. 1850 unter Aufhebung des angefochtenen Bescheids die erhobene Intervention zurück unter Verurtheilung des Intervenienten in die Kosten beider Instanzen, und zwar:

„in Erwägung,

daß das dem jüngern gegen den älteren Pfandgläubiger zustehende Einstandsrecht (*Jus offerendi*) lediglich in der Befugniß des ersteren besteht, den letzteren wegen der Forderung, für welche die verpfändete Sache verpfändet ist, zu befriedigen und dadurch an seine Stelle zu treten,

daß jedoch in dem Falle, wenn der ältere Pfandgläubiger sich weigert, die ihm von dem jüngern angebotene Zahlung seiner Forderung anzunehmen, dem letzteren deßhalb eine Klage auf Annahme der Zahlung, resp. Abtretung der Forderung gegen den ersteren nicht zusteht, indem eine solche Klage nirgends in den Gesetzen erwähnt wird, und deren Statthaftigkeit nur etwa alsdann anzunehmen wäre, wenn der schlechtere Pfandgläubiger ohne solche den Zweck, in die Stelle des bessern Pfandgläubigers einzutreten, nicht erreichen könnte, dieses aber nicht der Fall ist, indem die Bezahlung des letzteren unmittelbar den Erfolg hat, daß der erstere an dessen Stelle tritt, es namentlich einer besondern Cession der solchen, gegen den Pfandschuldner zustehenden Forderung nicht bedarf, und im Fall der bessere Pfandgläubiger die Annahme der Zahlung verweigert, der schlechtere Pfandgläubiger zur Deposition des betreffenden, zur Befriedigung des bessern Pfandgläubigers erforderlichen Betrags berechtigt ist, und diese Deposition dieselbe Wirkung hat, wie die erfolgte Zahlung,

daß hiernach die erhobene Intervertion verwerflich erscheint". —

Durch Appellation des Intervenienten gelangte die Sache zur Beurtheilung des Oberappellations-Gerichtes zu Cassel.

Der Referent trug unter Bezugnahme auf die einschlagenden Gesetzesstellen und die ziemlich übereinstimmenden Aussprüche der bewährteren Rechtslehrer auf Bestätigung des Obergerichtsbescheids an. Jene unterstellten überall eine ipso jure, ohne ausdrückliche Cession eintretende Succession in das Pfandrecht des befriedigten Gläubigers, z. B. l. 16 D. 20, 4, *qui potiores in pignore*; l. 22 C. 8, 14, *de pignoribus et hypothecis*; l. 1, l. 5 C. 8, 18, *qui potiores in pignore*. Die l. 7. §. 3. C. 7, 39, *de prae-*

Digitized by Google

scriptione, sei mit Gesterding (Pfandrecht, §. 39 in f. S. 313), dahin zu verstehen, daß die hypothekarische Klage des posterior creditor gegen den prior, wenn letzterer im Besitze sich befinde, der allgemeinen 30jährigen Verjährung unterliege. Demgemäß sage denn auch Glück (Commentar, Bd. XIX, S. 362), „daß von einer Verbindlichkeit zur Cession und von einem durch den Richter nöthigenfalls zu bewirkenden Zwange keine Rede sein könne"; imgleichen Sintenis (Pfandrecht, §. 46, S. 416, 417): „das Angebotsrecht stehe einem Klagerecht gleich, — der abfindende Gläubiger trete ipso jure an die Stelle des abgefundenen, ohne daß es einer Cession bedürfe"; ferner Linde (in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. V, S. 290, 291): „daß durch das Jus offerendi zwar alle Wirkungen einer Cession für den Offerenten eintreten, aber eine wirkliche Cession, die nöthigenfalls durch den Richter vom Pfandgläubiger erzwungen werden dürfte, keineswegs erforderlich ist"; auch Mühlenbruch (von der Cession §. 46, S. 468, 472: „daß der Uebergang des Rechts stets etwas sich von selbst Verstehendes sei, d. h. ohne ausdrücklicher Cession zu bedürfen"; endlich Gesterding (Pfandrecht, 2. Aufl. S. 303): „zuvörderst versteht es sich, daß, wenn der abfindende Gläubiger ein solcher ist, welcher auf den abgefundenen unmittelbar folgt", (was vorliegend anzunehmen ist) „es der Cession nicht bedürfen könne, weil der zweite Gläubiger eo ipso, daß der erste wegfällt, an die Stelle das Crediloris dimissi den ersten Platz erhält", und S. 306): „daß ein Klagrecht auf Cession nicht bestehe". Die von Haubold (dissert. de jure offereudi, c. 3, §. 1), Sande (Comm. de action. cess. c. 6. §. 61, Opera, p. 23), und Westphal (Pfandrecht, §. 172, 175) früher erhobenen Bedenken hätten keinen erheblichen Anklang gefunden. — Das weitere Bedenken, daß mitunter der nachstehende Gläubiger das Quantitativ des Anspruches des bessern Pfandgläubigers nicht genau kenne, beziehe sich nur auf die Möglichkeit factischer Schwierigkeiten bei Ausübung des Jus offerendi, wie solche bei der Ausübung vieler anderen Rechte vorkommen könne, welche auch durch die Einräumung einer Klage auf Cession nicht beseitigt werde, da ihr die außergerichtliche Oblation vorausgegangen sein müsse. Auch der auf den Grund unserer Hypotheken-Einrichtung sich etwa herausstellende Uebelstand, daß ohne Legitimations-Urkunde eine Ueberschreibung der Hypothek auf den neuen Namen schwierig zu erlangen sein werde, berechtige den Richter nicht, von einem einmal bestehenden Rechtssatz eigenmächtig abzugehen. Jedoch nachdem die Praxis im Allgemeinen anerkannt habe, daß so viel aus unserm Hypotheken-Wesen folge, daß ein vom Schuldner befriedigter Hypothekar-Gläubiger in Beziehung auf Immobilien löschungsfähige Quittung geben müsse, könne man auch für einen Fall vorliegender Art annehmen, daß der abgefundene Gläubiger dem

Digitized by Google

abfindenden eine solche Quittung geben müsse, auf deren Grund hin, so wie auf den Grund sonstiger Nachweisung des betreffenden Sachverhältnisses durch die in Händen habenden Urkunden der abfindende Gläubiger das Ueberschreiben der Hypothek auf seinen Namen bewirken könne. In dieser Richtung sei aber vorliegend nicht geklagt. Uebrigens würden bei Ausübung des Jus offerendi selten solche Schwierigkeiten entstehen, wie aus zufälligen Gründen im vorliegenden Falle. —

Mit dem Beschluß, daß etwaigen geeigneten andern Klagen nicht präjudicirt sein solle, bestätigte das Oberappellationsgericht den Obergerichtsbescheid aus nicht widerlegten Entscheidungsgründen.

E.

5.

Ueber den Umfang der Beweisführung hinsichtlich der Ueberlieferung eines Waarenlagers oder eines ähnlichen Sachen-Complexes.

Die Wittwe des Kaufmannes Z. zu G. verkaufte am 2. Nov. 1848 ein ihr zugehöriges Waarenlager „nebst allen Waagen, Gewichtssteinen, Oehlkannen, Trichtern, der in den Geldkasten befindlichen Kasse, so wie dem in der Wohnstube befindlichen Comptoir nebst neuen Geschäftsbüchern“, dem Heinrich O. für 1300 Thl., für welche Summe die Wittwe des Particuliers Martin H., Elise geb. G. jetzige Ehefrau des O. sich als Selbstschuldnerin unter Verzichtleistung auf die Rechtswohlthat der Vorausklage verbürgte.

Letztere, von B., dem Cessionar der Verkäuferin, auf Zahlung des rückständigen Kaufgeldes belangt, leugnet die erfolgte Uebergabe der verkauften Waaren, in Folge dessen in zweiter Instanz dem klagenden Theile zu erweisen aufgegeben wird, daß vor Anstellung der Klage die verkauften Waarenvorräthe dem Käufer von der Verkäuferin überliefert worden seien. Als Ergebniß des Beweisverfahrens wird vom Obergericht auf den Erfüllungseid zu Gunsten des klagenden Theiles erkannt. Die dagegen beim Oberappellations-Gericht zu Cassel eingeführte Beschwerde der Verklagten wird durch Dekret vom 14. Jan. 1851 zurückgewiesen, und zwar in Erwägung:

„daß die von der Appellantin mittelst der eingeführten Appellation versuchte Anfechtung der gegentheiligen Beweisführung über Vertragserfüllung durch Ueberlieferung des verkauften Waarenlagers mit Zubehör auf der Unterstellung beruht, als sei es Obliegenheit des Appellaten gewesen, die geschehene vollständige Ueberlieferung aller und jeder als mitverkauft anzusehenden Gegenstände zu beweisen,

daß diese Unterstellung jedoch unrichtig ist, indem vielmehr der-

Digitized by Google

jenige, welcher aus dem Verkaufe eines ganzen Complexes von Sachen, wie vorliegend, auf den Kaufpreis klagt, in der Regel nur die geschehene Ueberlieferung jenes Sachen=Complexes im Allgemeinen, dessen wesentlichem Bestande nach, zu behaupten und zu beweisen braucht, das etwaige Fehlen aber einzelner Gegenstände nur dem verklagten Theile Veranlassung zur Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, mit dem Effecte verhältnißmäßiger Minderung des Kaufpreises geben kann, welche Einrede dann von seiner Seite gehörig zu substantiiren ist, wie von der Appellantin überall nicht geschehen; daß von diesem Gesichtspunkte aus in dem für die geschehene Ueberlieferung des Waarenlagers im Allgemeinen vorliegenden Zeugenaussagen jedenfalls eine genügende Grundlage für den dem Appellaten nachgelassenen Erfüllungseid sich findet". — G.

6.

Berechtigen temporäre Störungen im Mühlenbetriebe, welche durch neue Mühlenanlagen dritter concessionirter Personen herbeigeführt werden, zur Klage wegen Besitzstörung?

Die Wittwe H. zu G. läßt zum Behuf einer ihr vom Staat gestatteten Mühlenanlage einen Arm des Kinzigflusses, den in denselben wieder einmündenden s. g. Heinbach, abdämmen. Der Mühlenmeister H., Besitzer einer oberhalb gelegenen Papiermühle, klagt hierauf gegen sie auf Schutz im Besitz, weil durch die Rückstauung des Wassers in der obern Kinzig der ordnungmäßige Gang seiner Mühlenräder gehemmt und er in seinem Mühlengewerbe auf solche Weise gestört werde. — Das Justizamt zu G. erkennt auf das Leugnen der Verklagten auf Beweis und weist den Kläger wegen Beweisfälligkeit mit seiner Klage zurück. Kläger appellirt ans Obergericht zu F., das in der Concessionirung zum Bau auch die Befugniß erblickt, zum Behuf dieses Baues das Wasser zeitweise abzudämmen, und daher die Beschwerde als unbegründet zurückweist. Ein Gleiches geschieht auf die fortgesetzte Beschwerde des Klägers vom Oberappellationsgericht zu Cassel, u. a.

„in Erwägung,

— daß zwar dem Inhaber einer Mühle an einem öffentlichen Gewässer in Beziehung auf dasselbe im Allgemeinen ein, nöthigenfalls mittelst petitorischer und possessorischer Rechtsmittel zu schützendes Gebrauchsrecht zusteht,

dieses jedoch nicht ohne weiteres dergestalt exclusiv ist, daß dadurch die gewöhnlichen Befugnisse des Staates in Beziehung auf den betreffenden öffentlichen Fluß oder Bach ganz ausgeschlossen würden, diese Befugniß vielmehr und insbesondere das Recht zur Conces-

sionirung weiterer Mühlen oder ähnlicher gewerblicher Anlagen insoweit fortbesteht, als nicht durch Betrieb der letzteren in das für den älteren Mühlenbesitzer einmal begründete Recht auf die Wasserkraft eingegriffen wird;
daß das Fortbestehen dieser Befugnisse des Staates es mit sich bringt, daß derselbe selbst, oder der von ihm neu Concessionirte, wenn es zu der beabsichtigten, an sich befugten neuen Anlage der Natur der Sache nach vorübergehender, auf den Wasserlauf einwirkender Vorrichtungen nothwendig bedarf, auch zu solchen nur vorübergehenden Vorrichtungen selbst dann, wenn solche etwa zeitweis für jenen ältern Mühlen-Berechtigten störend sein sollten, dergestalt berechtigt sein muß, daß dadurch wenigstens unter der Voraussetzung, daß in der Art und Weise der Ausführung nicht gefehlt wird, eine solche formelle Rechtswidrigkeit nicht gefunden werden kann, wie zur Rechtfertigung einer Besitzstörungsklage erforderlich ist,
daß, hiervon ausgegangen, vorliegend auch dem betreffenden Unternehmen der Verklagten, soweit solches bis dahin zur Ausführung gekommen, nach den Statt gehabten Verhandlungen einschließlich derjenigen des Beweisverfahrens jener Charakter formeller Rechtswidrigkeit nicht beigelegt werden kann,
und die erhobene Klage deßhalb mit Recht zurückgewiesen worden ist".

E.

7.

Ueber die dingliche Berechtigung auf unentgeltliche Verabreichung von Streuzeug und die Befugniß einer Gemeinde, nicht bloß auf Anerkennung des Rechtes, sondern auch auf Entschädigung zu klagen.

Die Gemeinde E. klagt bei dem Obergerichte zu M. gegen den Staatsanwalt auf Anerkennung des seit unvordenklicher Zeit durch ihre Bewohner ausgeübten Rechtes, das für den Viehstand nöthige Streuzeug, Moos und Halde, unentgeltlich aus dem, dem Staate gehörigen Ernsthäuser Forste, beziehungsweise den denselben bildenden Revieren zu beziehen, auch den durch die seit 1840 eingetretene Störung herbeigeführten Schaden zu ersetzen. Verklagtischer Seits wird die thatsächliche Klagenbegründung überall in Abrede gestellt, und u. a. weiter vorgestellt, daß die Abgabe von Waldstreuzeug nur in Folge und nach Maaßgabe der Verordnung vom 24. Oct. 1783 über die zu gewährende landesherrliche Aushülfe aus den Staatsforsten mit Streuzeug von Laub, Moos, Halde u. dgl., so wie auf Bitten der Gemeinde und nach erfolgter und bekanntgemachter Bewilligung der forstlichen Oberbehörde erfolgt sei. Jedenfalls sei die fernere Abgabe des

Digitized by Google

angesprochenen Streuzeuges aus forstwirthschaftlichen Gründen unthunlich.

Nach weitern Verhandlungen wird vom Obergerichte auf Beweis erkannt, Klägerin jedoch wegen Beweisfälligkeit mit der Klage zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Klägerin erkannte das Oberappellationsgericht zu Cassel unterm 19. Mai 1854, auf den, von den Vertretern der klagenden Gemeinde auszuschwörenden Erfüllungseid, und zwar in Erwägung:

„daß die erhobene Klage, insoweit dieselbe auf Anerkennung der in Frage stehenden Gerechtsame gerichtet, vom Obergericht mit Recht als an sich begründet angesehen worden ist,

indem der Erwerb einer Berechtigung auf unentgeltliche Verabreichung von Streuzeug durch die Bestimmungen der Verordnung vom 24. Oct. 1783 nicht ausgeschlossen, eine solche vielmehr in den die Verwerthung der Forstnutzungen betreffenden spätern Verordnungen und Gesetzen vom 2. Juni 1820, vom 12. Dec. 1823, vom 31. Oct. 1836 und vom 24. Juni 1844 ausdrücklich anerkannt wird,

daß übrigens der Umstand, daß vor jedesmaliger Ausübung der fraglichen Gerechtsame der Staat durch die Forstbehörde die zum Bezug des angesprochenen Streuzeuges geeigneten Waldreviere hat anweisen lassen, der Annahme einer dinglichen Berechtigung nicht entgegensteht, vielmehr hierdurch nur eine bestimmte Form, beziehungsweise eine Modification ihrer Ausübung herbeigeführt wurde, und zur Begründung eines deßhalbigen Rechts durch Verjährung es genügt, daß bei dessen Ausübung auf Seiten des Berechtigten das Bewußtsein der Ausübung eines Rechtes sich kund gegeben habe,

ein solches Bewußtsein auch, dem Bestehen, der in der Verordnung vom 24. Oct. 1783 getroffenen Anordnung ungeachtet, erkennbar würde, wenn der zu Beweis erstellte Sachverhalt seit unvordenklicher Zeit statt fand,

daß ferner die Klagbehauptung, wie die Beziehung des Streuzeuges zur Befriedigung eines durch den jeweiligen Viehstand gebotenen Bedarfs geschehen sei, theils nur die sich von selbst verstehende Zweckbestimmung des Bezugs, theils dessen Grund und Umfang im Allgemeinen bezeichnet, ohne daß darum der Erwerb der Gerechtsame selbst durch eine, der Beziehung von Streuzeug vorausgegangene nähere Ermittlung und Feststellung des Bedarfs der betreffenden einzelnen Mitglieder der Gemeinde nach Maßgabe des jeweiligen Viehbestandes derselben als bedingt erschiene,

zudem die Verpflichtung zur Abgabe des Streuzeuges nach Bedarf nicht den einzelnen Mitgliedern, sondern der Gemeinde im Ganzen gegenüber in Anspruch genommen wird und verabfolgt worden sein soll,

daß unter dieser Voraussetzung der vom Obergericht an dem Er=

Digitized by Google

gebniß der appellantischen Beweisführung gerügte wesentliche Mangel beseitigt wird und nach dieser Beseitigung das von den hier in Betracht zu ziehenden Zeugen bekundete thatsächliche Verhältniß des Charakters einer Rechtsausübung nicht entbehrt, — — —
daß was die von dem Appellaten gegen die Zulassung der Klage in ihrer Richtung auf Entschädigung erhobene Abhäsiv-Beschwerde angeht, dieselbe als ungegründet erscheint, indem die Gemeinde allerdings befugt und legitimirt ist, einen von ihren Mitgliedern oder einzelnen Klassen derselben, als solchen, angesprochene und ausgeübte Gerechtsame und die durch deren Versagung erlittene Beschädigung im Allgemeinen vor Gericht geltend zu machen, und es den einzelnen Mitgliedern zu überlassen ist, den von jedem von ihnen insbesondere erlittenen Schaden liquidirend einzuklagen,
daß, so viel die der Klage entgegengesetzten Einreden betrifft, — die Einrede des Precariums weder durch die Zeugen bekundet, noch durch das producirte Bittgesuch von 1838 bewiesen wird, indem, abgesehen von der Frage, ob und inwieweit der Ortsvorstand dem Rechte der Gemeinde durch ein solches Gesuch überhaupt zu präjudiciren vermochte, die bittende Form einer öffentlichen Behörde gegenüber, zudem dieselbe bei der hier in Frage stehenden Beziehung von Streuzeug jedenfalls durch Einweisung geeigneter Walddistricte zu concurriren hatte, nicht mit Sicherheit auf ein Precarium schließen läßt, und vorliegend um so weniger, als dasselbe ganz vereinzelt und erst am Schlusse einer unvordenklichen Verjährungszeit dasteht, — —
daß die Einrede der seit dem Jahre 1841 eingetretenen Unthunlichkeit der angesprochenen Abgabe von Streuzeug aus forstwirthschaftlichen Gründen schon deßhalb als verwerflich sich darstellt, weil es an der Belegung derjenigen thatsächlichen Momente fehlt, wodurch das abzugebende Urtheil der Sachverständigen über die angebliche forstwirthschaftliche Unthunlichkeit wesentlich bedingt ist und deren Feststellung im präparatorischen Verfahren der Abgabe dieses Urtheils vorauszugehen hat,
daß endlich der hiernach der appellantischen Gemeinde aufzuerlegende Erfüllungseid von den hierzu auszuwählenden Mitgliedern des Gemeinderathes, insofern als sie selbst Viehhalter sind oder waren, dem Wissen nach, und insoweit sie es nicht sind oder waren, so wie rücksichtlich der Vorfahren der Schwörenden überhaupt, dem Glauben nach auszuschwören ist, 2c. E.

VIII.

Ueber die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen, insbesondere bei dem Viehhandel nach Römischem und Teutschem Rechte, sowie nach den Bedürfnissen des heutigen Handelsverkehrs.

Von

Dr. E. Hoffmann.

---

§. 1.

Das ädilizische Edict, welches sich ursprünglich blos auf den Verkauf fehlerhafter Thiere und Sclaven bezog, nachher aber auch auf den Verkauf sonstiger fehlerhafter Gegenstände ausgedehnt wurde, beruhte auf der Billigkeit, der Berücksichtigung der objectiven Täuschung (Fr. 1. §. 1. Dig. XXI, 1.) des entschuldbaren und — ebendeßhalb — vermutheten Irrthums des Käufers; und es fand daher auch dieses Edict dann keine Anwendung, wenn der Käufer den Fehler kannte, oder sofort hätte erkennen müssen, wenn also der Fehler kein verborgener war. Keineswegs ging man aber beim Erlaß des Edicts von der Unterstellung aus, daß dem Verkäufer bei dem Verkaufe solcher fehlerhaften Gegenstände jedesmal oder auch nur regelmäßig eine verantwortliche Verschuldung zur Last falle. Eine wirkliche Verschuldung des Verkäufers bei solchen Verkäufen erzeugte

Digitized by Google

vielmehr noch weiter gehende Wirkungen als die Fälle des ädilizischen Edicts. Dem Verkäufer wird zwar zur Pflicht gemacht, die etwaigen verborgenen Fehler der verkauften Sache dem Käufer anzuzeigen. Allein daraus kann nicht gefolgert werden, daß nun die Unterlassung einer solchen Anzeige als eine culpa des Verkäufers erscheine, für deren Folgen dieser deßhalb einstehen müsse [1]). Vielmehr ist der Verkäufer zur Anzeige der etwaigen Fehler der verkauften Sache nur insofern verpflichtet, als er sich hierdurch von den Nachtheilen des ädilizischen Edicts befreit, indem er hiermit den Grund beseitigt, aus dem der Käufer den Handel anfechten kann; es wird im Fr. 1. §. 1. l. c. gesagt, die in dem Edict enhaltene Begünstigung des Käufers enthalte keine Unbilligkeit für den Verkäufer, welcher ja die Fehler der verkauften Sache anzeigen, sich also hierüber vergewissern könne.

Die Grundsätze des ädilizischen Edicts mit seinen beschränkten Wirkungen, d. h. mit dem an eine kurze Zeitdauer geknüpften Klagrecht des Käufers auf Redhibition sowie auf Herabsetzung des Kaufpreises wurden dann auch in die lex contractus beim Kaufe aufgenommen, so daß also die Ansprüche aus dem ädilizischen Edicte auch mit der Contraktsklage verfolgt werden konnten. Alleiu die lex contractus ging insofern weiter, wie das ädilizische Edict, als der Verkäufer nach jener im Falle einer ausdrücklichen Garantie für die Abwesenheit bestimmter Fehler oder für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften, sowie ferner im Falle einer ihn treffenden Verschuldung insbesondere im Falle eines dolus auch noch zum Ersatze weiteren Schadens verpflichtet war.

---

1) Die Ansicht, daß der Grund des ädilizischen Edicts auf einer Verschuldung des Verkäufers beruhe, und nur Verschuldung des letzteren Bedingung der Anwendbarkeit jenes Edicts sei, hat vertheidigt Busch im Archiv für civilistische Praxis Band XXVI. Nr. IX. Gegen diese Ansicht hat sich aber mit Recht erklärt, Keller Ueber die unbedingte Haftpflicht des venditor ignorans wegen Fehler an leblosen Sachen in Sell's Jahrbüchern B. III. Nr. X. S. 344 fg.

Digitized by Google

Die Nachtheile, welche für den Käufer in Folge des Verkaufs einer mangelhaften Sache — was auch von anderen ähnlichen Rechtsgeschäften gilt — entstehen können, sind nämlich dreierlei Art.

1) Der Käufer kann einen Nachtheil erleiden durch die Abschliessung des Kaufgeschäfts als solchen, indem er bei dem Verkaufe einer mangelhaften Sache, wäre ihm der Mangel bekannt gewesen, die Sache entweder gar nicht oder um einen geringern Preis gekauft haben würde. Derselbe Gesichtspunkt liegt auch der sogenanten laesio enormis zu Grunde. Die Aufhebung dieser Verletzung liegt in der Aufhebung der Wirkungen des Kaufs, d. h. in der gegenseitigen Rückgabe der Leistung und Gegenleistung. Der Rechtsgrund für die Aufhebung einer solchen Verletzung, für das Recht und die Verpflichtung hierzu beruht auf dem entschuldbaren und erheblichen Irrthum des Käufers.

2) Der Käufer kann aber auch weiter Nachtheile erleiden durch die Leistung selbst d. h. durch den geleisteten Gegenstand, durch die schadenbringenden Eigenschaften der erkauffen Sache; z. B. es hat Jemand krankes Vieh erkauft und es geht durch Ansteckung auch andres Vieh des Käufers zu Grunde, oder es hat Jemand eine Wiese oder ein Grundstück erkauft, worauf schlechtes ungesundes Futter wächst, und es stirbt in Folge hiervon Vieh des Käufers, welches von jenem Futter genossen hat. (Fr. 13 pr. Dig. XIX. Fr. 19 pr. Dig. XIX, 2. Fr. 49. Dig. XXI, 1). Die Aufhebung einer solchen Verletzung liegt hier weiter in dem Wertherſatz des Vermögens, was dem Käufer durch den zerstörenden Einfluß der fehlerhaften Sache verloren gegangen ist. Der Rechtsgrund für eine solche weitere Ersatzverbindlichkeit beruht auf der culpa oder dem dolus des Verkäufers. Der Verkäufer haftet in dieser Weise, wenn er eine ihm bekannte schädliche Eigenschaft der verkauften Sache verschwieg, oder wenn er die Abwesenheit einer solchen vorhandenen fehlerhaften Eigenschaft, ohne hiervon überzeugt zu sein, versicherte. Eine

Digitized by Google

derartige Versicherung gilt dann für Leichtsinn [2]). Die durch die schädlichen Einwirkungen der verkauften fehlerhaften Sache verursachten Vermögensverluste werden in einem solchen Falle so behandelt, als wenn sie durch unmittelbare schuldvolle Thätigkeit des Verkäufers hervorgebracht worden wären. — Abgesehen von einer dem Verkäufer zur Last fallenden Verschuldung ist dieser nur dann zum Ersatze des durch die Fehlerhaftigkeit der Sache entstandenen Schadens — was in gleicher Weise auch von dem Ersatze der auf die Sache gemachten Verwendungen gilt — verpflichtet, wenn er die Sache, welche er an sich gegen Erstattung des wiedergeforderten Kaufpreises zurückverlangen kann, dem Käufer nicht überlassen will [3]). Der Käufer hat also — von einer Verschuldung des Verkäufers abgesehen — wegen des Ersatzes des durch die schädlichen Eigenschaften der erkauften Sache entstandenen Schadens blos ein Retentionsrecht.

3) Der Käufer kann endlich auch bei dem Verkaufe einer solchen fehlerhaften Sache durch die Nichtleistung anderer nicht vorhandener Eigenschaften Vermögensverluste — sowohl positive als negative — erleiden, indem er durch die Nichtleistung solcher

---

2) Vgl. namentlich Fr. 13. §. 3. Dig. XIX. wo vom Verkäufer, welcher einen diebischen Sclaven, unwissentlich für einen treuen ausgegeben hat, gesagt wird: Non debuit, facile, quae ignorabat adseverare. Inter hunc igitur, et qui scit, interest; qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facile esse adtemerariam indicationem vgl. auch Juristische Abhandlungen von Heise und Cropp Band I. Abt. XIII. (Handel nach Probe) §. 7. S. 217. Aus dieser Stelle muß eben auch gefolgert werden, daß der Verkäufer dann für einen Schaden der erwähnten Art nicht zu haften habe, wenn er nicht blos in Ungewißheit über die zugesagte Eigenschaft, sondern in entschuldbarem Irrthume hierüber sich befand.

3) Fr. 23. §. 8. Fr. 29. §. 3. Fr. 31 pr. Dig. XXLI., vgl. auch Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Zweiter Band zur Lehre vom Interesse S. 33—36. sowie Kreuzer die in Bayern geltenden Gesetze, Statuten und Gewohnheitsrechten bezüglich der Viehgewährschaft (eine sehr verdienstliche Schrift) Erlangen 1854. S. 8.

Digitized by Google

Eigenschaften, welche zur Abwendung von Vermögensverlusten d. h. zur Erhaltung vorhandenen Vermögens sowie zur Vermehrung des Vermögens geeignet gewesen wären, Vermögen verloren oder nicht gewonnen hat (Fr. 45. Dig. XVIII, 1). Die Aufhebung dieser Verletzungen besteht in dem Wertherſatze des weiteren verlorenen oder nicht gewonnenen Vermögens. Der Grund zur Verbindlichkeit eines solchen Ersatzes besteht in einem Vertrage, d. h. in der Bestimmung des Kaufs, wonach dem Käufer gewisse Eigenschaften, mögen diese die allgemeine Brauchbarkeit der Sache bedingen, oder über diese hinausgehen, zugesagt worden sind. Der Verkäufer hat also hier mit andern Worten nicht blos den Ersatz des Werths, welcher die verkaufte Sache in den zugesagten aber nicht vorhandenen Eigenschaften an sich gehabt haben würde, sondern auch den Ersatz des Werths, den eine derartige Sache für den Verkäufer — wegen des ursachlichen Zusammenhangs mit anderem Vermögen — gehabt haben würde, zu leisten[4].

§. 2.

Die Klagen aus dem ädilizischen Edicte sind die actio redhibitoria und die actio quanti minoris. Vermöge der letzteren Klage kann der Käufer Herabsetzung des Kaufpreises wegen des minderen Werths der fehlerhaften Sache verlangen. Es fragt sich nur hier, welche Differenz ist bei einer solchen Preisermäßigung entscheidend. Ist es 1) die Differenz zwischen dem wahren Werthe der erkauften Sache in dem wirklich vorhandenen fehlerhaften Zustande und zwischen dem Kaufpreise, oder ist es 2) die Differenz

4) Hier liegt also der nächste Grund des Schadens nicht in einer positiven Ursache, (wie bei der aus einer Verschuldung entspringenden Schadensersatzverbindlichkeit), in den schädlichen Eigenschaften einer Sache, sondern in einer negativen Ursache, in den fehlenden zugesagten Eigenschaften der Sache, für deren Folgen der Promittent aus dem Vertrage einzustehen hat. Diese negative Ursache kann aber bald Quelle eines positiven Schadens, bald Quelle eines negativen Schadens sein.

Digitized by Google

zwischen dem wahren Werthe der Sache in dem fehlerhaften Zustande und zwischen dem wahren Werthe derselben in dem fehlerlosen Zustande, oder ist es endlich 3) die Differenz zwischen dem Kaufpreise und der Summe, welche zu dem Kaufpreise in dem Verhältnisse steht, wie der wahre Werth der fehlerhaften Sache zu dem wahren Werthe jener Sache in dem fehlerlosen Zustande. Diese verschiedenen Differenzen stehen sich dann gleich, wenn, wie dieß gewöhnlich der Fall ist, der Kaufpreis dem wahren Werthe der erkauften Sache in dem fehlerlosen Zustande entspricht, nicht so in dem umgekehrten Falle. Man setze z. B. den Fall, es habe Jemand eine Kuh, welche in dem fehlerfreien Zustande 100 Gulden werth gewesen wäre, für 80 Gulden verkauft, die Kuh sei aber wegen eines bestimmten verborgen gewesenen Fehlers nur 60 Gulden werth. Hier würde, wenn die eben unter 1) erwähnte Differenz entscheidend wäre, der Käufer nur 60 Gulden leisten müssen, er könnte also 20 Gulden vom Kaufpreis = 80 Gulden abziehen. Wäre die unter 2) erwähnte Differenz maaßgebend, so würde der Käufer nur 40 Gulden zu leisten haben; er könnte von dem Kaufpreis 40 Gulden abziehen. Wäre endlich die unter 3) erwähnte Differenz zu Grunde zu legen, so hätte der Käufer nur 48 Gulden zu bezahlen, er könnte also 32 Gulden vom Kaufpreis in Abzug bringen, denn die Summe von 48 Gulden verhält sich zur Kaufsumme von 80 Gulden, wie die Summe von 60 Gulden zur Summe von 100 Gulden — Die letzterwähnte Differenz ist aber nun offenbar diejenige, welche das richtig geometrische Verhältniß darstellt, und auch insofern dem Geiste des ädilizischen Edicts am meisten entspricht. Denn bei einem Verkaufe, wo die beiderseitigen Partheien den Kaufpreis nicht nach dem Werthe der verkauften — für fehlerlos gehaltenen — Sache festgestellt haben, würde auch der Käufer, wäre ihm der Fehler der Sache bekannt gewesen, einen um die zuletzt erwähnte Differenz geringern Kaufpreis angeboten haben, und vom Verkäufer muß in gleicher Weise unterstellt werden, daß er um einen solchen geringern Kaufpreis die Sache verkauft haben würde.

Digitized by Google

§. 3.

Beide Klagen aus dem ädilizischen Edicte, die actio redhibitoria wie die actio quanti minoris sind an eine kurze Zeitdauer geknüpft, indem die erstern binnen eines halben Jahres die zweite binnen eines Jahres vom Zeitpunkte des abgeschlossenen Kaufes verjähren soll. — Der Grund dieser kurzen Verjährungsfrist ist ein doppelter. Einmal wollte man den Verkäufer in dergleichen Fällen nicht all zu lange in obligo, in einem schwebenden Zustande und in Ungewißheit darüber lassen, ob der Verkauf als fest und (unwiderruflich) abgeschlossen gelten solle, um hiernach seine weiteren Masregeln nehmen zu können. Der Verkäufer ist auch hier mit einem sonstigen Schuldner nicht auf gleiche Linie zu stellen, denn dieser kann sich von dem Obligationsverhältniß durch Zahlung u. s. w. befreien; von dem Belieben des Verkäufers hängt es aber nicht ab, ob er den Handel bestehen lassen will, oder nicht.

Ein weiterer Grund der kurzen Verjährungsfrist dieser Klagen liegt aber darin, daß nach Ablauf einer längern Zeit der Beweis des Vorhandenseins des Fehlers zur Zeit des Kaufs immer schwieriger, und dem Verkäufer namentlich auch der Gegenbeweis, daß die verkaufte Sache zur Zeit des Kaufs mit keinem wesentlichen Fehler behaftet gewesen sei, mehr erschwert wird.

Der letzterwähnte Grund der kurzen Verjährungsfrist bei den ädilizischen Klagen tritt freilich fast mit derselben Stärke in den Fällen ein, wenn der Verkäufer ein ausdrückliches Versprechen der Fehlerhaftigkeit der verkauften Sache geleistet hat, oder wenn der Verkäufer bei dem Verkaufe einer fehlerhaften Sache eine Verschuldung in der obenerwähnten Art sich hat zu Schulden kommen lassen. Dagegen hat der erste für die Verjährung angegebene Grund hauptsächlich nur für den Fall Bedeutung, wenn eine fehlerhafte Sache ohne ausdrückliche Garantie für die Fehlerlosigkeit derselben, sowie ohne eine bei dem Handel dem Verkäufer zur Last fallende Verschuldung verkauft wird. Denn in diesem Falle beruht die Anfechtung des Kaufs einer

fehlerhaften Sache blos auf der Billigkeit, und diese muß ihre bestimmte Gränze haben, wenn sie nicht in Unbilligkeit gegen den anderen Theil ausschlagen soll. Gerade deßhalb hat auch das Römische Recht wenigstens [5]) die kurze Verjährungsfrist bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen auf den letzten Fall beschränkt.

Die kurze Verjährungsfrist erscheint aber bei den Klagen aus dem ädilizischen Edict um so mehr gerechtfertigt, als binnen der Verjährungsfrist die Fehler der verkauften Sache entweder von selbst sich offenbaren müssen, oder doch bei einiger Aufmerksamkeit leicht in Erfahrung gebracht werden können. Insofern enthält also die Bestimmung der Verjährungszeit bei den ädilizischen Klagen zugleich eine rechtliche Vermuthung, praesumtio juris et de jure, daß die nach dem Ablauf der Verjährungszeit erschienenen und bekannt gewordenen Fehler der verkauften Sache erst nach dem Verkaufe (sei es durch Zufall oder durch Schuld des Käufers) entstanden sind. — Hiermit ist aber allerdings noch nicht die umgekehrte Vermuthung anerkannt, daß ein während der Verjährungszeit erschienener Fehler der verkauften Sache, auch bereits zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesen sei. Vielmehr muß nach Römischem Rechte der Käufer den für ihn oft sehr schwierigen Beweis führen, daß ein derartiger Fehler schon zur Zeit des Kaufs vorgelegen hat. Erst das Teutsche Recht ist, wie weiter unten noch näher erörtert werden wird, in dieser Beziehung zu Gunsten des Käufers weiter gegangen.

§. 4.

Das ädilizische Edict oder vielmehr die spätere Ausdehnung desselben im Römischen Rechte hat aber auch ihre grosen Schattenseiten, und ist durch kein ausreichendes Bedürfniß gerechtfertigt. Die Anfechtbarkeit des Kaufs auf Grund des ädilizischen Edicts

---

5) In einigen teutschen Particularrechten hat jedoch der Verkäufer einer fehlerhaften Sache (auch) im Falle einer Arglist nur eine kurze Zeitlang zu haften, z. B. nach dem Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen (s. erster Theil dritter Titel Nr. 5) nur vier Wochen lang

Digitized by Google

erscheint immer als eine mißliche Sache und als ein Uebel. Der Käufer kann sich aber auch hier mehrentheils auf andere Weise helfen. Beim Verkaufe mechanischer Gegenstände kann meist durch Vornahme einer genaueren Besichtigung, durch Augenscheinseinnahme von Seiten Kaufverständiger auf leichte Weise Gewißheit über die Brauchbarkeit der Sache erlangt werden. Bei dem Verkaufe von Flüssigkeiten wie Wein u. s. w., der ohnedem gewöhnlich nur in genere abgeschlossen wird, in welchem Falle das ädilizische Edict überhaupt keine Anwendung leidet, sowie auch beim Verkaufe von Getraide kann der Käufer durch den Verkauf auf Probe oder nach Probe sich regelmäßig gehörig sicherstellen. Bei dem Verkaufe von Ellenwaaren kann ebenso regelmäßig eine gehörige Sicherheit durch den Verkauf nach Muster erzielt werden. — Bei dem Verkaufe von Thieren ist freilich das Verhältniß ein andres, indem hier selbst durch die sorgfältigste Beobachtung sehr oft die etwaigen Fehler derselben nicht entdeckt werden können[6]). Allein hier erscheint die Verjährungsfrist des Römischen Rechts viel zu lang, denn ein zur Zeit des Kaufs vorhandener erheblicher Fehler muß sich hier meist in viel kürzerer Zeit, als der Römischen Verjährungsfrist bei den ädilizischen Klagen von selbst offenbaren, während bei dem Verkauf anderer Gegenstände die etwaigen Fehler regelmäßig erst in Folge angestellter Proben sich zeigen. — Im Interesse des Verkäufers erscheint es aber im höchsten Grade der Billigkeit angemessen, daß der Käufer **alsbald** nach der Zeit, wo sich ein zur Zeit des Kaufs vorhandener Fehler geoffenbart haben muß, von seinem Rechte zur Anfechtung des Kaufs, unter dem Rechtsnachtheile des Verlustes eines solchen Rechts, Gebrauch mache.

§. 5.

In dem teutschen Rechte konnten daher auch die Grundsätze des Römischen Rechts über die Anfechtung eines Kaufs wegen

---

6) Die Frankfurter Reformation Theil II. Titel IX. Nr. 5. sagt von dergleichen Mängeln, Welche Mängel fast unsichtbarlich, und also dem Käufer, der sei auch noch so verständig, dieselben verborgen sind.

Digitized by Google

Fehlerhaftigkeit der erkauften Sache nie rechten Eingang finden. Abgesehen von einer Arglist des Verkäufers, oder einem ausdrücklichen Versprechen desselben, konnte der Kauf wegen angeblicher Fehlerhaftigkeit der verkauften Sache nicht angefochten werden, indem man davon ausging, daß durch eine solche Anfechtung der Verkehr untergraben werde und der Käufer sich auch leicht über die Brauchbarkeit der Sache vorher vergewissern könne. Nur bei Viehhändeln wurde schon früher eine allgemeine Ausnahme gemacht, und enthalten namentlich die späteren Partikulargesetzgebungen sehr detaillirte Bestimmungen über die Anfechtung der Viehhändel wegen Fehlerhaftigkeit des erkauften Viehs [7]). Das teutsche Recht hat sich hiernach im Ganzen den Standpunkt angeeignet, auf dem das ädilizische Edict in seiner ersten Gestalt sich befand. — Der Verkauf von Pferden und Rindvieh unterliegt nach diesen Particulargesetzgebungen fast stets der Anfechtung im Falle der gesetzlich erheblichen Fehler binnen der Verjährungszeit; in vielen Particulargesetzgebungen ist dieses Anfechtungsrecht auch auf Schweine und Schaafe und in manchen sogar noch weiter auf Ziegen, Gänse u. s. w. ausgedehnt. — Der Verkauf mangelhafter Thiere weicht aber auch sonst in vielen Beziehungen nach jenen Gesetzgebungen von den Grundsätzen des ädilizischen Edicts ab. Denn einmal sind dort die Fehler ganz bestimmt bezeichnet, welche allein — in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen sowie einer dem Verkäufer zur Last fallenden Arglist — den Käufer zur Anfechtung des Handels berechtigen sollen. Durch Vertrag kann zwar diese Garantie erweitert und auch auf andere Fehler ausgedehnt werden. Allein auch hier schreiben viele Particulargesetzgebungen z. B. das Churfürstlich Mainzische Recht, die Erbach-Fürstenauische Viehmarktsordnung vom 2. Januar 1862. u. s. w. vor, daß die

7) Ueber die Grundsätze des älteren teutschen Rechts in der fraglichen Materie ist namentlich zu vergleichen Cropp in den juristischen Abhandlungen von Heise und Cropp B. I. Abh. VI. (Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten.

Digitized by Google

Fehler, wegen deren weiter Gewährschaft geleistet werden soll, genau angegeben werden müssen, und daß — zur Vermeidung von Weiterungen und Streitigkeiten — eine allgemeine Garantie für die Abwesenheit aller Fehler rechtsunwirksam sei. Die Verjährungszeit für die Währschaft ist jedoch hier bei den vertragsmäßig ausbedungenen Eigenschaften, — wenn diese nicht zugleich durch Vertrag ausgedehnt worden ist — regelmäßig dieselbe, wie bei den gesetzlichen Fehlern. — Jedoch befolgen auch manche Landrechte in dieser Hinsicht andre Grundsätze. So sagt z. B. das Wimpfer Stadtrecht Theil III. Tit. III. §. 10, daß derjenige, welcher für alle Fehler eines verkauften Viehs gut zu sein versprochen habe, unumschränkte Gewährschaft ohne einige Zeitsetzung, und ohne Rücksicht auf die Wissenschaft des Verkäufers von dem Dasein eines solchen Fehlers zu leisten habe, wenn nur der Käufer beweise, daß ein solcher Fehler schon zur Zeit des Handels dagewesen sei.

Ferner kennt das Teutsche Recht nicht die actio quanti minoris sondern blos die actio redhibitoria. Auch hier ist das Teutsche Recht dem Römischen Rechte offenbar vorzuziehen. Denn in Folge der actio redhibitoria wickelt sich — was gerade bei Anfechtung von Viehhändeln besonders ins Gewicht fällt, — die Sache viel einfacher ab, als bei der actio quanti minoris, welche oft weitläufige Ermittelungen und Berechnungen, um ihrem Zwecke vollständig zu entsprechen, nöthig machen würde (vgl. oben §. 2). Außerdem erscheint aber auch die actio quanti minoris da, wo nur wegen sehr erheblicher Mängel, wie in den teutschen Particularstatuten, ein Viehhandel angefochten werden kann, ziemlich unpractisch. In einigen Landrechten z. B. dem Würzburger Recht, dem Wimpfer Stadtrecht, dem Hohenloher Recht kann jedoch der Käufer nach Ablauf der Verjährungsfrist und vor Ablauf einer doppelten Frist Theilung des Schadens d. h. Theilung des Kaufpreises verlangen.

Die Verjährungsfrist bei der actio redhibitoria ist aber auch hier auf eine weit kürzere Zeit, als im ädilizischen Edict, meist auf den Zeitraum von 4—6 Wochen eingeschränkt. In einigen

Digitized by Google

Landrechten ist indessen die Währzeit namentlich beim Rindvieh eine längere, z. B. im Erlanger Viehmarktsordnung von 1708. auf zwei Monate, im Würzburger Recht bei vielen Krankheiten des Rindviehs auf ein Vierteljahr festgesetzt.

Endlich ist nach Teutschem Rechte der Käufer auch insofern wieder begünstigt, als hier sich der Grundsatz meistens Geltung verschafft hat, daß der Fehler, welcher sich binnen einer bestimmten Zeit vom Zeitpunkt des Kaufgeschäfts offenbart hat, als schon in diesem Zeitpunkt vorhanden gewesen angesehen werden soll. Jedoch soll diese Vermuthung dem Käufer nur dann zu Statten kommen, wenn binnen dieser Zeit auch das Dasein und Hervortreten des betreffenden zur Anfechtung des Kaufs geeigneten Fehlers gehörig constatirt wird. Denn die Thatsache, welche eine Vermuthung für das Vorhandensein des Fehlers zur Zeit des Kaufs begründen und schwierige ja oft unmögliche Beweise für den Käufer abschneiden soll, darf — um nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben — nicht selbst wieder ein Gegenstand des Streites und weitläufiger Beweisführung werden. Diese im Interesse des Käufers eingeführte Vermuthungszeit — um mich dieses Ausdrucks zu bedienen — fällt nun nach den teutschen Particularstatuten bald mit der eigentlichen Verjährungszeit zusammen, bald umfaßt die letztere einen größeren Zeitraum. Es lassen sich hier im Ganzen drei Systeme von einander unterscheiden [8]).

§. 6.

Viele Landrechte sprechen sich über eine Vermuthung der erwähnten Art beim Viehhandel weder direkt noch in-

8) Eine ausführliche Darstellung der im Königreich Bayern geltenden Statutenrechte über den Viehhandel enthält die obenerwähnte Schrift von Kreuzer. Die Hauptbestimmungen der meisten im Großherzogthum Hessen über den Viehhandel geltenden Statuten finden sich in der Zeitschrift für den landwirthschaftlichen Verein des Großherzogthums Hessen Jahrgang 1851. Nr. 8. (vom Kreissekretar Küchler in Grosgerau.

Digitized by Google

direkt namentlich dadurch aus, daß sie den Käufer berechtigen, vom Kaufe wieder abzugehen, wenn sich ein gesetzlicher Mangel bei dem verkauften Vieh binnen einer gewissen Zeit (erweislich) offenbart. Diese Landrechte legen nur darauf Gewicht, daß der Käufer binnen einer gewissen Zeit, welche hier gewöhnlich auf die Dauer von 28—31 Tage bestimmt ist, wegen eines gesetzlichen Mangels des verkauften Viehs, bei Verlust seines Anspruchs auf Redhibition, klagen müsse. Zu diesen Landrechten gehört z. B. das Nassau Katzenellenbogen-Landrecht, Erster Theil Cap. IV. Nr. 5. wo in Bezug auf den Pferdehandel folgendes gesagt wird:

„Also, da etwa einer ein gestohlenes oder geraubtes Pferd oder aber ein Pferd, so da hartschlechtig oder schleebäuchig, stehtig und lunegstech, als mänig oder rotzig wäre, ohnwissend solcher Mängel an sich gekauft hätte, so ist er dasselbe zu behalten nicht schuldig, sondern mag es dem Verkäufer wieder geben, und seines ausgelegten Geldes oder Schadens sich an demselben erholen. Es soll aber ein jeder Käufer, der solcher Mängel einen verspüren würde, das Pferd alsobald oder innerhalb zweier Monatsfrist dem Verkäufer wieder liefern, oder aber, da er das Pferd zwei Monate lang bei sich behalten würde, selber hernach nicht mehr gehört werden".

In ähnlicher Weise drückt sich das Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen beim Pferdehandel aus. Hier wird im Ersten Theil dritten Titel Nr. 7. — nachdem vorher in Nr. 6. von den gesetzlichen Mängeln der verkauften Pferde und davon die Rede war, daß bei Streitigkeiten über solche Mängel drei Hufschmiede neben zwei Sachverständigen entscheiden sollten — folgendes gesagt:

„Würde aber der Käufer vier Wochen verfließen lassen und des Pferds halber nicht klagen, so soll der Verkäufer das Pferd wiederzunehmen oder des erfundenen Mangels zu antworten nicht schuldig sein, wie auch der Verkäufer anderes Viehs halber die Währschaft auf vier Wochen lang zu thun verpflichtet sein soll".

Digitized by Google

Indessen ist hier durch ein Ausschreiben vom 21. Januar 1715. in erläuternder Weise weiter bestimmt. Würde ein Handel wegen Rindvieh zum Schlachten getroffen, alsdann versteht sich die Währschaft auf ein Vierteljahr, wird es aber zum Handel und Wandel verkauft, lautet die Währzeit vier Wochen und ist alsdann, wenn das Vieh verrecket und sich daran ein vitium latens befindet, wovon ein Vieh sterben kann, nicht zu scrupuliren, ob das Vieh vor den vier Wochen dergleichen Mängel und Schaden schon tragen können oder nicht, sondern ist bei der Fürstl. Verordnung stehen zu bleiben, bei welcher vier Wochen generaliter &c. &c. gewährt wird.

Bei dem Hofgerichte zu Darmstadt kam die Frage, ob nach den angezogenen Bestimmungen des Landrechts der oberen Grafschaft Katzenellenbogen eine gesetzliche Vermuthung, daß die binnen der Währzeit sich äußernden Fehler schon zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesen seien, angenommen werden könne, in der jüngsten Zeit in drei verschiedenen Fällen zur Sprache. In dem ersten Falle wurde jene Frage bejaht, in dem zweiten Falle aber nach nochmaliger näherer Erwägung in dem Plenum des Collegs verneint, und ebenso in dem dritten Falle wo man noch besonders sich dahin aussprach, daß an jenen Bestimmungen auch nichts durch die Verfügung vom 21. Januar 1715. abgeändert worden sei. Man ging hierbei davon aus, daß in jener Verfügung blos habe gesagt werden sollen, daß nicht näher untersucht werden solle, ob ein nach Ablauf der Währzeit entdeckter Fehler schon zur Zeit des Handels vorhanden gewesen sei.

Aehnliche Bestimmungen wie das Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen enthält die Frankfurter Reformation über den Pferdehandel im Zweiten Theil, Titel IX. §. 6. Hier wird am Schlusse bemerkt:

„Würde aber der Käufer vier Wochen verfließen lassen, ohne daß er des Pferdes halber klagte. Ob sich dann gleich derselbige (Mangel) hernach befinde, so soll doch der Verkäufer das Pferd wiederum zu nehmen nicht schuldig sein“.

Digitized by Google

Das Solmser Landrecht Zehnter Titel am Schlusse sagt in dieser Hinsicht:

„Befinden sich aber hiernach innerhalb Monatsfrist, solche Mängel, (daran der Käufer doch nit Schuld hatte) so soll der Verkäufer solch verkaufte Gut oder Wehr, gegen wider Heraußgebung des Kaufgelts wiederumb zu nenuen schuldig sein.

In dergleichen Streitigkeiten ist jedoch meist ein summarisches Verfahren angeordnet, es soll namentlich auf baldige Herstellung des Beweises Bedacht genommen werden, und hauptsächlich das Gutachten von Sachverständigen maaßgebend sein.

§. 7.

Die meisten Landrechte und Statuten indessen, welche sich näher über den Viehhandel verbreiten, gewähren dem Käufer einerseits das Recht, von dem betreffenden Viehhandel abzugehen, wenn sich binnen der gesetzlichen Währzeit — welche hier meist auf den Zeitraum von vier Wochen oder einen Monat bestimmt ist — ein gesetzlicher Fehler offenbart, machen es ihm aber auf der andern Seite als Bedingung seines Redhibitionsrechts zur Pflicht, binnen derselben Zeit sein Recht in entsprechender Weise geltend zu machen, beziehungsweise constatiren zu lassen. Der Käufer ist also hiernach einerseits binnen der Währzeit von dem Beweise, daß der fragliche gesetzliche Mangel schon zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesen sei, befreit, und wird andererseits nach Ablauf dieser Zeit zur Geltendmachung seines Redhibitionsrechts, selbst unter dem Erbieten zu einem derartigen Beweise, nicht mehr zugelassen.

Zu diesen Landrechten gehörte unter andern das Wimpfer Stadtrecht von 1544. Dritter Theil Titel III. das Hohenlohische Recht, das Eichstädtische Recht von 1781. Die Viehmarktsordnung zu Erlangen von 1708. die Nürnberger Reformation von 1561. das Rothenburger Statutenrecht von 1723. das Anspacher Recht von 1722. das Sachsen Coburger Recht von 1774. das Fuldner

Digitized by Google

Recht von 1757. das Kurfürstlich Mainzer Recht, das Schweinfurter Statutenrecht von 1748. das Würzburgische Recht, die Rhein- und Wildgräfliche Landesordnung von 1754. (Siebenter Theil §. 2. und 3). Dem Käufer ist jedoch hier öfters die Wahl gelassen, statt der Anstellung einer förmlichen Klage bei dem competenten Gerichte — dem forum contractus oder forum domicilii des Verkäufers — binnen der Währzeit dem Verkäufer auf erweisliche Art die Anzeige von dem entdeckten Fehler zu machen, oder in Abwesenheit des Verkäufers bei dessen Gericht oder, wenn dieß die Umstände nicht erlauben sollten, bei seinem, des Käufers, Gericht die erforderliche Anzeige zu erheben, und zugleich das Dasein des fragl. Fehlers — insbesondre durch ein Attestat Sachverständiger — zu bescheinigen. Wählt der Käufer den Weg der Klage, so muß der Richter um so mehr auf alsbaldige Herstellung des Beweises des vorhandenen Fehlers — insbesondre durch Einholung des Gutachtens Rechtsverständiger — bedacht sein, ja der Käufer ist hier öfters gehalten, mit der Anstellung der Klage das Vorhandensein des entdeckten Fehlers zu bescheinigen. Von diesen Grundsätzen gehen im Wesentlichen aus das Anspacher Recht, das Wimpfer Stadtrecht, das Hohenloher Recht, das Schweinfurter Statutenrecht, das Würzburger Recht u. s. w. — Nach dem Fuldner Recht dagegen muß der Käufer binnen der Währzeit bei dem competenten Gericht sein Redhibitionsrecht geltend machen, und diesem das verkaufte fehlerhafte Vieh zuführen. Das Vieh soll dann in eine offene Herberge gebracht werden, der Richter aber alsbald zwei bis drei Sachverständige beordern und die Sache binnen drei Tagen entscheiden. — Nach Churfürstlich Mainzer Recht muß die betreffende Anzeige innerhalb der Währfrist bei dem ordentlichen Richter erhoben, der fragliche Fehler nahmhaft gemacht und allenfalls dokumentirt werden. Wohnt der Richter zu weit, so kann der Käufer auch bei seinem Gerichte Anzeige machen, und muß dann beglaubte Urkunden beibringen.

Dem Verkäufer muß jedoch zur Entkräftung einer solchen Vermuthung der Gegenbeweis, daß der in Rede stehende Fehler

Digitized by Google

erst später — nach dem Handel — durch Zufall oder durch Schuld des Käufers entstanden sei, nachgelassen werden, wiewohl sich nur wenige Statuten ausdrücklich über die Statthaftigkeit eines solchen Gegenbeweises, wie z. B. die Rhein- und Wildgräfliche Landesordnung, aussprechen. Ein solcher Gegenbeweis wird dann regelmäßig auch nur durch Sachverständige, wie beim Beweise des betreffenden Fehlers selbst, geführt werden können.

§. 8.

Andere Landrechte endlich binden den Käufer an eine gewisse kurze Verjährungsfrist, innerhalb welcher er sein Recht auf Redhibition verfolgen muß, und bedingen zugleich dieses Recht durch den Beweis, daß der fragliche Fehler zur Zeit des Handels vorhanden gewesen sei, sie entbinden den Käufer auf der anderen Seite nur dann von einem solchen Beweise, wenn der Fehler sich in einer bestimmten noch kürzeren Frist offenbart, und der Käufer diesen Fehler (binnen der letzteren Frist) in der erwähnten Weise zur Anzeige bringt und constatiren läßt. Jedoch wird die Stelle einer solchen Anzeige und Constatirung die Anstellung einer förmlichen Klage bei den competenten Gerichten vertreten können, welchen es alsdann obliegt, die Thatsache, daß ein gesetzlicher Fehler sich gezeigt habe, alsbald durch Augenscheinsnahme, Vernehmung von Sachverständigen u. s. w. feststellen zu lassen. — Nur weichen diese Landrechte in der Bestimmung der Größe der Verjährungszeit und der Vermuthungszeit und des gegenseitigen Verhältnisses beider von einander ab. Einige derselben beschränken die Verjährungszeit auf einen viel kürzeren Zeitraum als das Römische Recht, und lassen nur dann die Vermuthung für das Dasein eines gesetzlichen Fehlers zur Zeit des Handels streiten, wenn ein solcher sich in sehr kurzer Zeit — gewöhnlich in drei Tagen — geoffenbart hat und zugleich in der oben erwähnten Weise zur Anzeige gebracht und constatirt wird. Andere Landrechte halten sich in Betreff der Verjährungszeit mehr an die Bestimmungen des Römischen Rechts, und begünstigen den Käufer durch die Vermuthung, daß der

Digitized by Google

gesetzliche Fehler zur Zeit des Kaufs schon vorhanden gewesen sei, alsdann, wenn ein solcher Fehler sich binnen vier Wochen, oder je nach der Art der Krankheit in noch kürzerer Zeit, sowie auch unter Umständen binnen einer etwas längeren Zeit geoffenbart hat und zugleich binnen dieser Zeit der betreffende Fehler zur Anzeige gebracht beziehungsweise constatirt wird. Nach Ablauf dieser Zeit liegt dem Käufer der Beweis ob, daß der fragliche Fehler schon zur Zeit des Handels vorhanden gewesen sei; dem Verkäufer steht ferner immer der Gegenbeweis offen, daß der fragliche Fehler erst nach dem Handel eingetreten sei. Mit dem Ablauf der Verjährungszeit wird aber der Käufer überhaupt nicht mehr wegen seines Redhibitionsrechts gehört, und zu einem Beweise eines solchen Fehlers nicht mehr zugelassen. In die Kategorie der ersten Landrechte gehört z. B. die Erbach-Erbachische Viehmarktsordnung vom 1. Juli 1805. Hier wird im §. 10 gesagt:

„Bei einem jeden Viehhandel wird vorausgesetzt, daß das verkaufte oder vertauschte Vieh dem Käufer oder Tauscher gesund übergeben werden muß. Wenn aber ein verkauftes oder vertauschtes Stück Vieh in den drei ersten Tagen nach abgeschlossenem Handel krank befunden wird, oder krepirt, so wird rechtlich vermuthet, daß es schon beim Abschlusse des Handels krank gewesen sei u. s. w."

Dem Käufer ist jedoch hier als Bedingung jener Vermuthung zur Pflicht gemacht, sowohl dem Verkäufer als auch der ordentlichen Gerichtsstelle binnen jener drei Tage Anzeige von der Krankheit des Viehes zu machen. Der Verkäufer kann jene Vermuthung aber immer durch den Gegenbeweis entkräften, daß die Krankheit nach dem Handel durch Zufall oder Schuld des Käufers entstanden sei. Bis zum Ablauf der vierwöchentlichen Währschaftszeit kann dann der Käufer sein Redhibitionsrecht noch weiter verfolgen, er muß indeß auch hier sowohl dem Verkäufer als bei der ordentlichen Gerichtsstelle die Anzeige machen und den wirklichen Fall bescheinigen. Der Richter soll aber über

solche Währschaftsstreitigkeiten summarisch verhandeln lassen, (was dort noch näher angegeben wird). —

Auch die Erbach-Fürstenau'sche Viehmarktsordnung vom 2. Januar 1802, welche über die vierwöchentliche Verjährungsfrist ähnliche Grundsätze wie die Erbach-Erbachische Viehmarktsordnung aufstellt, und insbesondere bestimmt, daß der Käufer binnen der Währzeit bei dem ordentlichen Richter, oder — im Falle weiter Entfernung — bei einer andern Obrigkeit den fraglichen Fehler anzeigen und nöthigenfalls dokumentiren soll, und überdieß ein summarisches Verfahren vorschreibt, verbreitet sich näher darüber, ob ein binnen der Währzeit oder in noch kürzerer Zeit entdeckter und angezeigter Fehler, als zur Zeit des Kaufs schon vorhanden gewesen vermuthet werden soll.

In die zweite Kategorie jener Landrechte gehört namentlich das Preußische Landrecht, sowie das Oestreichische Gesetzbuch. Das letztere bestimmt im §. 923, daß das Recht auf Gewährleistung, unter dem Rechtsnachtheile des Verlustes bei unbeweglichen Sachen binnen drei Jahren, bei beweglichen Sachen binnen sechs Monaten geltend gemacht werden müsse. Im §. 924 und 925 wird näher bestimmt, binnen welcher Zeit die verschiedenen Krankheiten bei den verschiedenen Thieren, (Schweinen, Rindvieh, Pferden) sich zeigen müssen, um die Vermuthung zu begründen, daß diese Krankheiten schon zur Zeit des Handels vorhanden gewesen seien; der §. 926 lautet dann also:

„Von dieser rechtlichen Vermuthung (§. 924—925), kann aber der Uebernehmer eines solchen Stück Viehs nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Uebergeber oder Gewährsmann sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gibt, oder in dessen Abwesenheit dem Ortsgericht oder Sachverständigen die Anzeige macht, und den Augenschein vornehmen läßt".

Das Preußische Landrecht, welches im Theil I. Tit. XI eine ähnliche Vermuthung wie das Oestreichische Gesetzbuch aufstellt, fügt indessen in bedingender Weise hinzu:

„Doch muß der Käufer bei Verlust seines Rechts die bemerkte Krankheit dem Verkäufer dergestalt zeitig anzeigen, daß noch

Digitized by Google

eine Untersuchung über den Zeitpunkt ihres Entstehens Statt finden könne. Ist der Verkäufer nicht am Orte zugegen, so muß die Anzeige bei den Gerichten des Orts, oder einem Sachverständigen geschehen".

Nach Bairischem Landrecht *) erlischt die Währschaftsklage regelmäßig binnen sechs Monaten, bei den gesetzlichen Pferdemängeln binnen vierzehn Tagen. Doch hat sich hier die Vermuthung durch Gewohnheit schon lange gebildet, daß ein während der ersten drei Tage nach dem Kaufabschlusse entdeckter Fehler schon vor dieser Zeit entstanden sei.

§. 9.

In den teutschen Ländern, welche nicht wie Oestreich, Preußen, Baden u. s. w. eine allgemeine Gesetzgebung haben, sind die Grundsätze des Römischen Rechts über die Gewährleistung beim Verkaufe mangelhafter Sachen heut zu Tag in voller Geltung, und nur beim Viehhandel erleiden diese Grundsätze durch Statuten der Particularrechte in der oben dargelegten Weise bedeutende Modificationen. Hiernach ist dann beim Viehhandel der Käufer sowohl in Hinsicht der Art der Klagen als der Dauer derselben sowie auch in Betreff der Mängel, für deren Abwesenheit Gewähr zu leisten ist, weit weniger begünstigt, als beim Verkaufe sonstiger Sachen im Falle der Mangelhaftigkeit derselben. Hierin sowie in der großen Verschiedenheit der deßfallsigen Bestimmungen der Partikularrechte liegt aber ein arger Mißstand. Hoffentlich ist die Zeit einer allgemeinen Handelsgesetzgebung der Staaten des deutschen Zollvereins nicht mehr so fern und wird dann auch dieser Gegenstand gleichmäßig und den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend geregelt werden. Wir glauben uns hier für folgende leitende Grundsätze aussprechen zu müssen.

1) Für die Beibehaltung der Grundsätze des ädilizischen Edicts besteht — vom Viehhandel abgesehen — nicht nur kein

---

9) Vergl. hierüber namentlich Creutzer in der erwähnten Schrift S. 27—37.

Digitized by Google

Bedürfniß, sondern es erscheinen dieselben sogar für den Handelsverkehr gefährlich, wie denn auch der Handelsstand in diese Grundsätze sich nie hat zurecht finden können.

2) Nur dann, wenn der Verkäufer beim Handel sich eine Arglist oder ein an diese gränzende grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen, oder wenn ein ausdrückliches Versprechen über die Beschaffenheit der verkauften Waaren geleistet worden ist, erscheinen die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Schadensersatzklage des Käufers gerechtfertigt. Die Verjährungszeit dürfte aber hier bedeutend zu beschränken sein, weil der Beweis der Fehlerhaftigkeit der Waaren mit der Zeit immer schwieriger wird. Eine Verjährungszeit von ein bis zwei Jahren möchte hier vollständig genügen.

3) Dagegen müßten beim Viehhandel die Grundsätze des ädilizischen Edikts in der durch das deutsche Recht und deutsche Gewohnheiten modificirten Weise beibehalten werden. Der von verschiedenen Seiten, namentlich auch vor mehreren Jahren in dem landwirthschaftlichen Verein des Großherzogthum Hessen von einigen Mitgliedern gemachte Vorschlag, hier alles der Privatübereinkunft der Partheien anheim zu geben, und durch diese die Währschaftsgesetze vertreten zu lassen, ist durchaus nicht zu empfehlen. Der hierfür geltend gemachte Grund, daß durch eine solche Maaßregel Processe abgeschnitten würden, tritt einmal nicht ein, und dann erscheint das Uebel, welches man beseitigen will, als ein kleineres im Verhältniß zu den Benachtheiligungen, welche für die Käufer in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen über die Gewähr der Fehler beim Viehhandel entstehen können. Diesen Nachtheilen kann nicht gehörig vorgebeugt werden, wenn man alles der Privatübereinkunft der Parthien überläßt. Denn eine allgemeine Garantie für alle möglichen Fehler wird der Verkäufer nicht leicht über sich nehmen, es würden aber auch im Gefolge einer solchen Garantie weit aussehende Streitigkeiten, welche man eben vermeiden will, hervorgerufen werden, da gerade die Frage, welche Eigenschaften als Fehler angesehen werden müssen, sehr oft viele Zweifel darbietet. Eine vertragsmäßige

Digitized by Google

Garantie für bestimmte Fehler hat aber auch ihre Schwierigkeiten, da der gemeine Mann, der sich mit dem Viehhandel abgibt, sehr häufig die erheblichen Fehler beim Vieh nicht kennt, und ferner auch sich meist hierüber nicht gehörig auszudrücken vermag. Ferner wird aber auch sehr oft der Beweis, für welche Fehler Garantie geleistet worden ist, schwierig werden, und weitläufige Streitigkeiten erzeugen[10].

4) Die einzelnen Fehler, für welche gesetzlich Gewähr zu leisten ist, müssen im Gesetze genau bestimmt werden.

5) Zeigt sich ein solcher Fehler binnen einer gewissen kurzen, näher zu bestimmenden, Zeit, so muß — jedoch unter Vorbehalt des Gegenbeweises — dem Käufer die Vermuthung zur Seite stehen, daß ein derartiger Fehler zur Zeit des Kaufs schon vorhanden gewesen, insofern der Käufer binnen dieser Zeit klagt, oder die Thatsache, daß ein solcher Fehler sich gezeigt habe, gehörig feststellen läßt. In dieser Beziehung können im Wesentlichen die Bestimmungen des Oestreichischen Gesetzbuchs zum Vorbilde dienen.

6) Nach Ablauf dieser Zeit muß dem Käufer noch freistehen, auf Redhibition zu klagen, wenn er den Beweis übernimmt, daß der Fehler zur Zeit des Kaufs schon vorhanden gewesen sei. Doch muß auch dies Klagrecht an eine kurze Zeitdauer geknüpft werden, und dürfte hier eine Verjährungszeit von drei Monaten schon genügen. — Eine solche Verjährungszeit neben einer Vermuthungszeit, wie sie unter Nr. 5 erwähnt worden ist, hat aber gewiß viel für sich[11]. Denn mit dem Momente nach dem Zeitpunkt des abgeschlossenen Kaufes, wo keine besondere Wahrscheinlichkeit mehr dafür spricht, daß ein nach diesem Momente

---

10) Für die Nothwendigkeit bestimmter Währschaftsgesetze beim Viehhandel und gegen die Ansicht, daß durch Vertrag der Contrahenten die Stelle der Währschaftsgesetze zu ersetzen sei, hat sich auch mit guten Gründen erklärt, Hofgerichtsrath Kraft in Gießen in der Zeitschrift für die landwirthschaftlichen Vereine des Großherzogthums Hessen, Jahrg. 1854. Nr. 9. Derselbe bemerkt auch hier mit Recht, daß es ja den Partheien freistehe, auf die Währschaft zu verzichten.

11) Dagegen hat sich erklärt Kraft a. a. O. S. 95.

Digitized by Google

erschienener Fehler schon zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesen sei, beginnt noch nicht gerade eine die Ausschließung jedes Beweises rechtfertigende Unwahrscheinlichkeit des Daseins eines solchen später erschienenen Fehlers zur Zeit des Kaufs; vielmehr muß erst eine weitere Zeit hingehen, wenn aller Beweis, daß ein später erschienener Fehler zur Zeit des Kaufs schon vorhanden gewesen sei, ausgeschlossen werden soll.

7) Für Währschaftsstreitigkeiten muß ein summarisches Verfahren angeordnet werden.

Digitized by Google

IX.

Bedürfen s. g. Familienfideicommisse des niederen Adels zu ihrer Gültigkeit der landesherrlichen Bestätigung?

Von

Herrn Obergerichtsrath **Büff** in Kassel.

Die Aufhebung des Lehnsverbandes hat den betheiligten Vasallen die an dem Lehen nunmehr freies, nach Maßgabe des römischen Rechts veräußerbares und vererbliches Eigenthumsrecht erworben haben, mit den daraus resultirenden Vortheilen leichterer Verfügbarkeit auch die Nachtheile dieser letzteren bringen müssen. Der Werth ihres Eigenthums ist jetzt frei realisirbar, aber Ein Mal realisirt ist dieses Eigenthum, das bisher dem Lehnsherrn und der Familie, nicht dem Individuum zustand, mithin auch nicht ohne jener Zuthun veräußert werden konnte, verloren und in ein weit wandelbareres Geldvermögen übergegangen.

Angesichts dieser Gefahr beabsichtigen vielleicht Manche die aufgehobene gesetzliche Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit außer dem Mannsstamme durch eine Einigung zu ersetzen oder wieder herzustellen, so daß eine Veräußerung demnächst wieder nicht nur an die Einwilligung sämmtlicher von den Paciscenten abstammenden männlichen Familienglieder, sondern auch statt der noch gar nicht gebornen und concipirten an den Consens

dafür bestellter Curatoren und sogar nach hiesigen Landes geltender Rechtsanschauung (vgl. Kopp Hdb. III. Vorr.), an die Zustimmung des Landesherrn gebunden sein würde.

Es fragt sich, ob eine solche Unveräußerlichkeit mit Wirksamkeit durch Vertrag begründet werden kann?

In dem römischen Eigenthum liegt immanent dies Veräußerungsrecht, d. h. die Befugniß, veräußern zu dürfen. (*Donell* com. IX, 9. §. 25). Man kann nach römischem Recht dieses Veräußerungsrecht zu Gunsten bestimmter Personen (fr. 114. §. 11. de leg.) testamentarisch beschränken, d. h. ein Fideicommiß errichten, aber ein Vertrag, der eine Unveräußerlichkeit festsetzt, gibt dem Promissar nicht eine Revocation des doch veräußerten Guts, sondern nur eine Klage auf das id quod interest gegen den Paciscenten (fr. 135. §. 3. de V. O. u. *Donell* comm. ad h. l.). Es läßt sich das nach römischer Rechtsanschauung gar nicht anders denken; das Veräußerungsrecht bildet einen Bestandtheil des Eigenthums und wenn dieses nicht getheilt ist, muß es der, dem es ungetheilt zusteht, für Dritte wirksam ausüben können, da diese nicht an die nicht mit ihnen geschlossenen Verträge gebunden sind. *Donell* l. c. nr. 7. *id.* ad l. 3. C. de cond. o. c. nr. 10. *id.* ad l. 7. C. de reb. al. non al. Daß es bei Testamenten anders ist, liegt in der Annahme, daß die darin ausgesprochenen Gebote leges seien, uti *legassit*; ita ius esto, und dieser Annahme lag bekanntlich die alte Form der Testamente in comitiis calatis und ihrer Nachbildungen zum Grund. Das Veräußerungsverbot im Testament war darnach gewissermaßen ein von dem legitimen Gesetzgeber gegebenes Privilegium. (Fr. 120 de V. O. c. 2. nov. 22. Gai. 2, 224. *Donell* ad l. 3. C. 4, 6. Quin immo supremis voluntatibus hoc tributum est, ut leges et iura sint).

Ist man auch in neuerer Zeit hier und da von diesem römisch-rechtlich schwerlich bestreitbaren Satze abgegangen und hat vertragsmäßigen Veräußerungsverboten auf den Grund angeblich abweichender deutsch-rechtlicher Anschauungen dingliche Wirksamkeit zugestanden, (z. B. das OAG. in Lübeck bei

Digitized by Google

Seuffert Archiv 6, 19), so ist doch vom Obergericht zu Cassel noch in jüngster Zeit sich streng an jene römisch-rechtliche Auffassung gehalten und auf Beschwerde einem Untergericht aufgegeben worden, einen einem Veräußerungs-Verbot, welches in das Geh. W. B. eingetragen war, zuwider abgeschlossenen Kaufvertrag gleichwohl zu bestätigen, da das Verbot nur persönliche Rechte unter den Contrahenten erzeuge: (O.G. Decr. ℔ 55 zur S. Engel und Cons. weg. Best. e. Kfvtr.). Es ist nicht zu verwundern, wenn man in Zeiten, welchen genauere Kenntniß der römischen Rechtsgeschichte abgingen, nicht einzusehen vermochte, warum, was doch durch Testament möglich sei, durch Vertrag nicht möglich sein sollte. Man sah darin eine positive Subtilität des Römischen Rechts, und obwohl vielleicht in dessen gesammtem Umfang kein Satz so entschieden ausgesprochen ist, als daß Erbverträge contra bonos mores (gegen den Charakter rechtlich Denkender) und darum ungültig seien, so konnte doch dieser Satz, eben weil man den Charakter dieses Rechts nicht faßte, nur als höchst positiver, als durum, sedita lex scripta est, eine nothdürftige Geltung bewahren, von der durch Limitation der Doctoren ein Stück nach dem andern fiel. Diese Auffassung spricht sich am deutlichsten aus bei *Stryk* us. mod. tit. de pact. II, 14. §. 21:

„Nihilominus tamen asserunt Dd. fideicommissum posse constitui per pactum seu contractum inter vivos. Kniepschild de fideicom. fam. nob. c. 6. nr. 29 et 31 et Dd. ibi magno numero citati, quod pactum devolutivum appellari solet. Si sc. pacto conveniant, ne bona certa extra familiam alienentur, sed ab una familia ad aliam perveniant. Quod utut proprie fideicommissum non sit, successio tamen in talia bona pariter se habet, ac si fideicommisso foret ita dispositum; id vero non aliunde, quam quod pactis modus succedendi possit determinari, defendi potest. Quae omnia exinde eo magis confirmantur, quod hodie alteri per alterius pactum ius acquiri possit“.

Digitized by Google

Stryk rechnet unter die Verträge, durch welche eine abweichende Erbfolge begründet wird, die Erbverbrüderungen, Einkindschaftsverträge, Gewerbschaftsverträge und die Ehepacten. So wie bekanntlich Einkindschaftsverträge und Ehepacten zu schließen ein Recht Aller sei, so will er auch die Erbverbrüderungen nicht nur dem hohen Adel, sondern auch den Privaten zugestehen ratione bonorum allodialium ab liberrimum illud arbitrium, quod in illis habent. Nur sollen sie in honorem Imperii principum den Namen Erbverbrüderungen vermeiden. Ganerbschaftsverträge setzen nach seiner Ansicht facultas ineundi foedera, Bündnißrecht, dagegen si bona in quae successio fieri debet, nullo feudi nexu teneantur, sed allodialia sint, nicht superioris consensum voraus. Aus beiden Gründen aber, nämlich wegen Mangel des Bündnißrechtes und der Allodialqualität der Güter hält er den niederen Adel für ausgeschlossen von der Berechtigung, Ganerbschaften zu constituiren. Es geht daraus hervor, daß er die Nothwendigkeit eines consensus superioris nur in einem lehnsherrlichen oder sonstigen Abhängigkeitsverhältniß findet, davon abgesehen aber ein liberrimum arbitrium annimmt. Recht präcis drückt das ein älterer Schriftsteller, Johann Laib in einer bei Estor kl. Schr. Bd. II. abgedruckten 1667 nach Lipenius sogar schon 1620, also vor Knipschildt (1626) erschienenen Uebersetzung einer synopsis de iure Ganerbinatus p. 410 so aus:

„Wobei dieses zu berichten, daß ein Jeder seine Land-väterlich und eigene Güter dergestalt alieniren und Ganerbengüter daraus machen kann, und solches aus dieser Ursache: Dieweil ein Jeder deme was sein ist, Gesetz und Maaß geben kann, wie er will, als liber moderator et arbiter ejus, doch ohne Schaden und Nachtheil eines andern, sintemal die Rechte nicht nachgeben, daß einer dem anderen einige Unbilligkeit zufüge oder dessen Recht schwäche oder entziehe".

Dieser Ansicht sind noch heute sehr angesehene Rechtslehrer, z. B. Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht, welcher §. 368 die Fähigkeit Familienfideicommisse zu errichten, Jedem

Digitized by Google

zuschreibt und Bestätigung durch den Landesherrn nur für ein positives Erforderniß der neueren Gesetze (in Preußen, Baiern, Oestreich) hält, und Gerber, Syst. des deutschen Privatrechts I. §. 84, der zu Errichtung eines Familienfideicommisses im Zweifel Jeden fähig glaubt, welcher Dispositionsbefugniß über eine zur Gründung des Familienfideicommisses geeigneten Gegenstand hat. Die Begründung durch Testamente oder Erbvertrag sei fast allgemein an richterliche oder landesherrliche Bestätigung geknüpft, so in Bayern, Preußen, Oestreich, Hannover, Weimar, Kursachsen. „Theils durch diese Bestätigung, sagt er in Note 9, theils durch die bestehende Rechtsvorschrift, welche bei dem Institute des Fideicommisses die Unveräußerlichkeit festsetzt, erledigt sich jedes Bedenken gegen die Wirksamkeit des in der Disposition ausgesprochenen Veräußerungsverbotes".

Unter diese am Weitesten gehenden Autoren gehört auch einer der neuesten Bearbeiter der Lehre E. v. Salza (1838) theils in seiner Monographie über diesen Gegenstand, theils in dem Artikel „Familienfideicommisse" im Weiske'schen Rechtslexicon IV, 238. — Auch Bluntschli, deutsches Privatr. (1853) Bd. I. S. 333. erklärt: „Die subjective Beschränkung auf den Adel findet sich nur ausnahmsweise und paßt in solcher Form nicht mehr zu dem jetzigen Rechtssystem", wie er denn die gerichtliche oder landesherrliche Genehmigung nicht aus der Natur der Sache sondern nur als „in neuern Zeiten gewöhnlich gefordert" bezeichnet.

Derselben Meinung scheint für Hessen auch Wittich, der Herausgeber des dritten Bandes des Kopp'schen Handbuchs, Vorr. Note 47 zu sein, wenn er daselbst nach umständlicher Darlegung der Nothwendigkeit der landesherrlichen Bestätigung bei Wiederaufhebung eines Familienfideicommisses sagt: „In verschiedenen Ländern wird zu deren Errichtung der landesherrliche Consens erfordert". Denn wenn der Verf. dasselbe von Hessen hätte sagen wollen, würde er es da, wo er ex professo von dem deßhalbigen Hessischen Recht handelte, nicht unterlassen haben. Dazu konnte er in der That auch Grund finden:

Digitized by Google

1) in dem §. 47. der P. V. von 1745:

Welches alles Wir auch von wahren Stammgütern verstanden haben wollen, im Fall anders die von denen Vorfahren hierüber errichtete pacta familiae richtig und klar sind[1]).

1) Ganz so allgemein von pactis familiae redete die Wahlkapitulation von 1742 Art. 11. §. 2:

Dabei auch dieselbe (Stände des Reichs) mit der Edition deren alten pactorum familiae nicht beschweren, viel weniger die Reichsbelehnung wegen erstgedachter Edition der pactorum familiae (welchen jedoch, wann sie nach denen Reichsgrundgesetzen, auch habenden, und gleichfalls reichsconstitutionsmäßigen kaiserlichen privilegiis aufgerichtet, durch dergleichen Belehnungen an ihrer Validität und Verbindlichkeit nichts abgehen solle) die seien alte oder neue, noch wegen der illiquiden und streitigen Lehentaxen oder Laudemiengelder und dergl. aufhalten.

Zu der Primogenitur-Ordnung von 1628 suchte Ldgr. Wilhelm V. die kaiserliche Bestätigung nach mittelst einer Supplik dd 11. Mai 1628 (mit dem Privil. dd. 8. Juni 1628 abgedruckt in: Kurzgefaßter doch standhafter Beweis des dem hochfürstl. Hause Hessen Cassel vermöge allein habender Landeshoheit und Regirrung auch allein zustehenden Erbfolge-Rechts nach Ordnung der Erstgeburth. Cass. 1752. Fol.). Der Landgraf meinte, daß die Bestätigung deßwegen für überflüssig könne gehalten werden, weil im Grunde die Primogenitur schon im §. 28. des mit Hessen-Darmstadt abgeschlossenen und vom Kaiser bestätigten Hauptaccords festgesetzt sei, hielt aber doch eine specielle Confirmation für dienlich, weil sie das in gleicher Lage befindliche Hessen-Darmstadt ebenwohl gesucht und erhalten hatte, „in reiflichem Nachdenken dieser Welt Streit- und Zanksüchtigkeit zu möglister Vorkommb- und Abwendung beschwerlicher Zwiespalten und Irrungen“, wie es in dem Privileg selbst heißt. Die bei Runde, deutsch. Priv. R. §. 669 Note b. mit Bezugnahme auf Springsfeld citirten „klaren Worte“, welche in dem Privileg stehen sollen, stehen nicht darin, sondern sind von dem citirten Autor zu Bestätigung seiner Theorien hineingelesen worden.

Der 1825 im 93jährigen Alter verstorbene Generallieutenant Martin v. Schlieffen errichtete 1802 durch letzte Willensordnung ein Universalfideicommiß deutscher Art, bestimmte sein gesammtes Vermögen zu einem „Sippschafts-Eigenthum“, wie er es nannte, und „in reiflichem Nachdenken dieser Welt Streit- und Zanksüchtigkeit zu möglichster Vorkommb- und Abwendung beschwerlicher Zwiespalten und Irrungen“ suchte er schon im Voraus um landesherrliche Bestätigung nach und erhielt sie unter dem 3. Jan.

Digitized by Google

Der Gesetzgeber scheint hier die Beilegung von Stammgutsqualität mittelst auch landesherrlich nicht bestätigter pacta familiae als rechtlich möglich zu unterstellen.

2) in Dec. 45. 46 supr. Trib. Cass.

Asmus von Baumbach, der Stifter der Kirchhainer und Rentershäuser Linie hatte 1653 in einem Theilungsreceß §. 9. verordnet, daß keiner seiner Söhne ohne des andern Vorwissen etwas von seinen Gütern veräußern sollte.

Der Gen. Major v. Baumbach verkaufte diesem §. 9. zuwider seinen Antheil am Dorf E. der Rentkammer.

Das OAGer. gestattete hierauf wider dessen Erbin nicht nur eine persönliche Klage, Dec. 45., sondern auch gegen die Rentkammer eine Revocationsklage, wenn es diese letztere gleich durch eine Einrede elidirt hielt, (Dec. 46).

Noch in neuerer Zeit (1835) hatte Bernhard v. Göddäus zu Brünchenhain mit seinen Kindern ein solches pactum familiae abgeschlossen und diese durch einen Specialcurator vertreten lassen. 1839 wollte er daran einige Abänderungen treffen und bat das Obergericht, dazu einen Specialcurator seinen Kindern zu bestellen. Dieses schlug das Suchen ab, da der fragliche Vertrag deßhalb unverbindlich sei, weil der Specialcurator incompetenter Weise vom Amt bestellt gewesen und das OAGer. verwarf die Beschwerde aus nicht widerlegten Entscheidungsgründen, worauf der Vertrag mit einem vom OGer. bestellten Curator eingegangen wurde.

1802. Gleich dem ersten Fideicommiß-Nachfolger wurde vom Staatsanwalt die Legitimation bestritten, weil die Befugniß zu dergleichen Fideicommissen ein Vorrecht nur des hohen und ehemals reichsunmittelbaren Adels sei. Das Obergericht verneinte das 1831, das Oberappell. Ger. am 1. April 1840, letzteres mit dem Beisatz, daß bei erlangter landesherrlicher Bestätigung an der Gültigkeit „um so weniger“ gezweifelt werden könne. Um daraus zu lesen, das OAGer. habe mit „klaren Worten“ erkannt, die landesherrliche Bestätigung sei zur Errichtung von Familien-Fideicommissen mittelst *pactorum familiae* nicht erforderlich, müßte man ein Springefeld sein.

Digitized by Google

Das Deutsche Erbrecht beruhte auf der Sippe und der Gewehre, in welcher sich jene befand. Starb der Vater, so war im Grunde nichts zu erben, vielmehr waren die Kinder schon in der Gewehre und verblieben also in derselben; nur daß die Herrschaft nunmehr auf ein anderes Familienglied gehen mußte, welches Alles die Glossatoren bereits in fr. 11. de lib. et posth. ausgesprochen fanden. — Man konnte hiernach deutschrechtlich allerdings Jemand auch vertragsmäßig zum Erben machen, wenn man ihn eben in jene Gewehre mit aufnahm. So lassen sich die Ehepacten, Einkindschaftsverträge, auch z. Th. die Ansatzverträge (insofern darin Fremde, z. B. der Schwiegersohn oder die Schwiegertochter recipirt werden) erklären, und die boni mores der Deutschen überwanden so weit die entgegenstehenden boni mores der Römer mit Fug. Man konnte solchen Verträgen in aller Consequenz auch Wirkungen in rem, Dritten gegenüber, zugestehen; denn alle „nächsten Erben" mußten einwilligen und übertrugen darum gewissermaßen ein nur der Herrschaft nach gebundenes Eigenthum wie durch Kauf[2]). — Auf einer anderen Grundlage dürften aber (wenn auch in neuerer Zeit „Gerber, über den Begriff der Autonomie" im Archiv für civ. Praxis 37, 35 ff. a. M. ist und auch hier überall nur Rechtsgeschäfte im gewöhnlichen Sinne des Worts erblickt), die Erbverbrüderungen, Ganerbschaften und Familienfideicommisse rc. stehen. Hier wird, nicht eine persona certa in die Gewehre mit aufgenommen, sondern es wird für personae incertae (incertae an et quando) gesorgt, die eintreten sollen, wenn andere personae, die nach geltendem Recht zur Erbschaft berufen sein würden, ausfallen, ja noch mehr: personae, welche nach geltendem Recht berufen sein würden, sollen nicht berufen werden (die Töchter). Das pactum ist hier nicht „thatsächlicher Entstehungsgrund eines einzelnen Rechtsverhältnisses", sondern Rechtsquelle, nicht Product des ius, sondern das objective ius ist Product

2) Vgl. Pütter, Rechtsf. II, 47—51 und I, 893 f. Beiträge zum Staats- und Fürstenrecht Abhandlungen 34, 36, 37, 38 und 39.

Digitized by Google

des Pactums, eine Verwirrung, wovon, wie Savigny, Syst. I, 109 sagt, „freilich jene Juristen [die Pandecten-Juristen] ganz frei sind". Es ist schon oben bemerkt worden, daß es auf der dem Römischen Recht eigenthümlichen und aus der älteren Testamentsform geschichtlich erklärbaren Auffassung des Testaments als einer lex specialissima, eines Privilegs, beruht, wenn man dem Familienfideicommiß im Römischen Recht (dessen von den s. g. deutschrechtlichen Fideicommissen durch und durch abweichende Natur übrigens als ganz bekannt vorausgesetzt werden darf, Pfeiffer, pr. Ausf. III, 53 ff. verm. Aufs. Mbg. 1803. Nr. 1. §. 2 und 14) die Bedeutung einer solchen speciellen Rechtsquelle beilegte. Es beruhte auf Mißverständniß, wenn man Erbverträgen, weil sie eben gezeigter Maßen rücksichtlich der Erbschaftsdelation gleiche Wirksamkeit mit den Testamenten er- oder behielten, auch in der weiteren characterisirten Wirksamkeit gleichen Werth beimaß. Das Gefühl, daß man es hier mit einer Wirksamkeit zu thun habe, welche über die des Vertrags hinaus nur dem Privileg zukomme, ließ daher schon frühe die Frage aufkommen, wer dieses ius privilegiorum habe? wem ein Autonomierecht zustehe, vermöge dessen er wenigstens in dem engeren Kreise seines Hauses auch für Dritte wirksame Statuten geben könne?

Der Ausschluß der Töchter von der Erbfolge in die liegenden Güter und die Unveräußerlichkeit ohne Zustimmung aller nächsten Erben war im Grund nur deutsches Recht, (Pütter, Beitr. XXXVII und XXXIX.) und die Festhaltung dieses Rechts dem römischen gegenüber, nicht die Schaffung neuer Rechtsnormen, war es, wenn in den Familien des höheren Adels jener Ausschluß der Töchter, resp. die Unveräußerlichkeit der liegenden Habe durch Verträge 2c. festgesetzt wurde. Aber so mächtig war bereits der Gedanke des Römischen Rechts, daß selbst diesen Familien, denen man doch öffentliche Gewalt, imperium merum et mixtum und iurisdictio zugestand, lauter aus der alten Grafschaft entsprungene Rechte, woraus die älteren Juristen überhaupt das ius condendi statuta und demnach das Recht der

Digitized by Google

autonomischen Beliebung herleiteten (Beseler, Erbvertr. II, 2. S. 29.), diese Festhaltung des deutschen Rechts streitig machte. Der in unserer vaterländischen Geschichte so merkwürdig gewordene Katzenellenbogensche Erbschaftsstreit beruhte wesentlich auf der Frage, ob die Töchter überhaupt miterbten, namentlich auch ob die abgefundenen und renuncirten Töchter Landgr. Heinrich III. zu der Erbschaft ihrer Mutter nach dem kinderlosen Tod ihres Bruders Wilhelm III. zurückgreifen dürften, weil sie sich vorbehalten hatten, „es wäre denn, daß Landgraf Heinrich rc. und seyn Soene all von Tode abgehen würden, also daß keyn recht ehelich Mannserben von ihren Lyben geboren im Leben wer, da Gott vor sayn wullt, alsdann so soll die vorgenannt Fraw Elisabeth und ihr Erben ihrs Erbs und Rechten an ihrem mütterlichen Erbe und allem dem, das von der Grafschaft von Katzenellenbogen herkommen wär und sunst, worzu sie Recht hätten, zu ihren Rechten stehen" (Wenk I, 615), oder ob das in den Erbverbrüderungen insbesondere nach 1487 vorbehaltene deutsche Recht sie ausschließen solle? Auch die intelligentesten Juristen verzweifelten daran, dem Römischen Recht gegenüber eine wenigstens für fürstliche Familien fortdauernde Geltung des deutschen zu behaupten (Eichhorn, Rechtsgeschichte IV. §. 540), sondern beriefen sich nur auf diese pacta und für deren Gültigkeit darauf, principes et comites in eorum territorio tantum posse, quantum imperatorem in imperio auf publica utilitas praefertur privatae und dergleichen mehr (*Zasius* cons. II, 1.[3]). Zwei Richtersprüche 1523. 1528. fielen für die

3) *Oldendorp* in seinem Gutachten (consil. Marp. 2, 5 no. 117) behauptet Tales pactiones in ditionibus maioribus habent vim legis. Zur Begründung beruft er sich aber nicht etwa auf deutsche löbliche Gewohnheiten und Rechte, sondern auf l. penult. C. de donat. int. vir. et ux.! In hoc autem casu huiusmodi conventiones eo sunt firmiores, quod ab Imperatoribus quoque nominatim confirmatae sunt et beneficiario titulo concessae solenniter. Diese übereinstimmende Ansicht von ausschließlicher Geltung des Römischen Rechts hat gerade für Hessen etwas Ueberraschendes, da sich hier das vaterländische Recht am längsten erhalten

Digitized by Google

nassauischen (resp. clevischen) Ansprüche, also für unbedingte Geltung des römischen Rechts und Verwerfung der entgegenstehenden autonomischen Bestimmungen aus, und erst in Folge des Passauer Vertrags konnte auf dem Weg des Vergleichs eine anderweite Regulirung der Sache erzielt werden, bei welcher z. B. Dietz wirklich verloren ging. (Wenk I, 635 ff.). Freilich „unterliegt es keinem Zweifel, daß die bereits bestehenden Hausgesetze des ehemals reichsständischen Adels aufrecht erhalten bleiben" (Philipp's deutsch. Pr. R. I. 323) und natürlich sind von den Hessischen Gerichten die s. g. Hausgesetze des Kurhauses immer als auch für Dritte bindende Normen angesehen worden, cf. Dec. 5. T. C. 3. 101. Die Autonomie des hohen Adels und des ehemaligen Reichsadels hat, wie weiland in der Wahlcapitulation, nunmehr in der Bundesacte Art. 14, sogar eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung erhalten für „Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse, welche jedoch dem Souverain vorgelegt und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen". „Ohne Zweifel des ehemaligen Reichsadels, nicht auch des ehemaligen mittelbaren, sondern nur des unmittelbaren" sagt Klüber, Uebers. der diplom. Vhdlgg. des Wiener Congr. S. 366. ders. S. 314. Das Kurhessische die standesherrlichen Rechtsverhältnisse ordnende Edict vom 29. Mai 1833 schließt sich dem an in §. 12:

hat, (vgl. Kopp, Ger. Vf. 1. S. 70 ff.) Heinrich III. war der erste hessische Landgraf, welcher in Johannes Stein einen Doctor beider Rechte zum Kanzler hatte und vor 7 Zeugen 1483 das erste bekannte Testament eines Landgrafen errichtete. Rommel 3, 75, 78 und Anm. 43. Die Hofgerichts-Ordnung von 1500 aber verpflichtet schon, „nach gemeynen keyserlichenn beschriebenn rechten, auch nach reddelichen und Erbarn statuten, ordnungen und gewohnheiten unsers Fürstenthumbs und Landtschaft, wo die für sie gebracht werden, zu richten und zu urteiln (LO. 1, 30). Jedenfalls erhellt aus dem Beigebrachten, wie der Satz Wilda's in der Zeitschr. für deutsch. R. 17, 189: „Dem hohen Adel konnte bei der Stellung, die er bereits im 15. Jarhundert gewonnen hatte und immer entschiedener einnahm, das Römische Recht keine Gefahr mehr bringen", ein zu gewagter ist.

Digitized by Google

„Ihre noch bestehenden Familienverträge werden nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung aufrecht erhalten [„Nach der früheren deutschen Verfassung waren aber die in den Familien selbst gültig vereinbarten autonomischen Verfügungen der reichsständischen regierenden Häuser durchaus von der obersten Staatsgewalt unabhängig, soweit sie nichts gegen die Verfassung und Rechte Dritter enthielten, sie galten unter dieser Voraussetzung auch ohne kaiserliche Bestätigung, selbst wenn sie der Kaiser gemißbilligt haben sollte". Heffter, Beitr. zum deutschen Staats= und Fürstenr. S. 93]; jedoch wird die öffentliche Kundmachung hinsichtlich ihrer, eine Beschränkung der Eigenthumsrechte enthaltenden Bestimmungen angeordnet werden".

Das Oberhofgericht zu Mannheim hat 1835 eine aus einem im 17. Jahrhundert errichteten und im 18. vom Kaiser bestätigten Familienvertrag des damals reichsgräflichen jetzt fürstlichen Hauses L.(einingen)[4]) gegen einen dritten erhobene Klage für nicht begründet erkannt, „weil es den gedachten Familienverträgen und dem darin enthaltenen Veräußerungsverbot an aller öffentlichen Bekanntmachung fehlt, und daher denselben nach allgemeinen Grundsätzen eine Wirksamkeit gegen Dritte nicht beigelegt werden kann". Es wird weiter ausgeführt, daß sie als Verträge nur für die Paciscenten, als Gesetze nur durch die Verkündung wirksam und bindend werden. (Seuffert, Arch. Bd. I. S. 83.)

Das kurh. Edict fährt am a. O. fort:

„Diese Familienverträge sollen, nachdem solche zur Anerkenntniß ihrer Gültigkeit dem Landesherrn vorgelegt worden sind, von dem Ministerium der Justiz den Gerichten als Normen bei Beurtheilung einschlagender Fälle mitgetheilt werden".

„Die Standesherrn können ferner, ohne Benachtheiligung der Rechte dritter Personen, über ihre Güter und Familienverhältnisse nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung verbindliche Anordnungen treffen, welche jedoch, soweit sie als Familienstatuten vom gemeinen Landesrecht oder früheren Haus=

---

4) (v. J. 1681? Moser tsch. St. R. XIV, 262).

Digitized by Google

gesetzen abweichen, zur landesherrlichen Bestätigung vorgelegt werden müssen, und nachdem diese erfolgt sein wird, ebenwohl öffentlich kund gemacht oder nach Befinden ihres Inhalts bloß den Gerichten zur Nachachtung mitgetheilt werden müssen".

So hat sich das Recht der ehemals Reichsunmittelbaren, „der privilegirtesten Klasse" im Staat (D. B. des Art. 14. d. Kurh. Ges. S. 1852. S. 80), ausgebildet. Man darf wohl annehmen, daß der niedere Adel oder gar „Jeder" soweit er über sein Vermögen zu disponiren befugt ist", in seiner Autonomie nicht unbeschränkter hat sein sollen, als diese privilegirteste Klasse.

Was insbesondere den niederen Adel angeht, so hat sich dessen Recht in folgender Weise gestaltet:

Das deutsche Recht, welches nicht das einzelne Individuum, sondern die gesammte Familie als das Rechtssubject, dem das Gut angehörig war, hinstellte, mußte nothwendig bei der größeren Dauer dieses Rechtssubjectes etwas Stetigeres und Conservativeres haben, als in dem beständigen Wechsel der Individuen, der Träger der Rechtsverhältnisse nach Römischer Anschauung, denkbar war. Diejenigen Stände daher, deren Familien auch politisch und öffentlich-rechtlich eine Bedeutung für sich, nicht wie die Bürger nur in der Gesammtheit der Stadt, gleichviel aus welchen individuellen Bestandtheilen sie zusammengesetzt war, hatten — diese Stände mußten in natürlicher Entwickelung der Verhältnisse bei Conservirung der Familien, folgeweise Erhaltung der deutschen Rechtsanschauungen ungleich mehr interessirt sein, wie der Bürgerstand. Den größtentheils auf Handel und Gewerbe beruhenden Interessen dieses letzteren mußte vielmehr das bewegliche römische Recht weit mehr zusagen.

Demgemäß hat sich dann auch der niedere landsässige, zur Landstandschaft berechtigte Adel von Anfang an dem Einfluß des fremden Rechtes auf seine Familienverhältnisse zu entziehen gesucht und theils durch ständige Observanz für die von den Vorfahren ererbten Güter bona avitica oder Stammgüter, theils durch ausdrückliche Statuten in Form von Testamenten oder

Digitized by Google

Erbverträgen, insbesondere auch durch wiederholte Erbverzichte der Töchter den Mannsstamm im Besitz der Güter zu erhalten getrachtet und die ohnehin durch den Lehnverband gewöhnlich schon gebotene Unveräußerlichkeit auch auf das übrige Gut ausgedehnt. Man hätte vielleicht ganz mit Fug behaupten dürfen, daß das römische Recht insoweit gar keinen Eingang gefunden und ebenso wenig Anspruch auf Anwendbarkeit habe, als der nicht glossirte Theil desselben. Dem hat aber die allgemein verbreitete Ansicht, daß es als in seiner ganzen Gesammtheit recipirt anzusehen sei, von jeher entgegen gestanden. Der Adel mußte für sich ein ausnahmsweises Herkommen beweisen und selbst dieses hat man nicht für den gesammten Stand, sondern immer nur für die einzelne Familie gelten lassen. Das Eine nur hat er bei dieser Rechtsentwickelung vor Andern vorausgehabt, daß ihm fast eine communis opinio doctorum das Recht zu autonomischen Bestimmungen dieser Art zugesteht und im concreten Fall also nur bewiesen verlangt, daß die betreffende Familie von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat.

Unter den älteren Juristen aus maßgebenden Kreisen führen wir für diese Ansicht nur Einen statt Vieler an:

Gaill observ. II, 147. nr. 1.

Pacta et statuta de mutua successione in casu deficientium liberorum masculorum inter principes, comites, barones imperii adeoque inter *Nobiles Germaniae* in usu sunt frequenti et consuetudine hominum memoriam excedente confirmata valent.

Die Bestätigung z. B. durch den Kaiser ist ihm von großem Werth, huiusmodi pacta et statuta familiae magnum robur accipiunt, si Caesar talia pacta etc. confirmet; ib. nr. 5. omnino *necessaria* glaubt er sie aber nur quoad *feuda* Imperii, also ganz wie eben *Stryk* ohne Beschränkung auf einen Stand thut. Unter den neueren Schriftstellern führen wir beispielsweise an:

Runde, Grundſ. des gem. deutschen Privatr. §. 662 ff.

Danz, Handb. (1800) 1, 219.

„Im Zweifelsfalle jedoch ist zu vermuthen, daß auch diese

Digitized by Google

Klasse des Adels nicht nur vor dem freien Bauern- sondern auch dem Bürgerstande in den Städten mancher Vorzüge noch immer genießt, und daß sie bei Bestimmung ihrer blosen Familienangelegenheiten weder an die Einwilligung, noch Bestätigung des Landesherrn gebunden ist". Vgl. S. 241. und die dort allegirten *J. Henn. Böhmer*, Selchow, Pütter, Estor rc. Danz Nachfolger, Schott, im 8. Band zum §. 668. findet auch den Bürgerstand nicht ausgeschlossen und sogar bei den Bauern besondere Successionsordnungen zum Theil wirklich vorhanden.

Posse, Abhdlg. H. 1. S. 104. (1802): „Die Gränzen, in welchen dasselbe (das Autonomierecht des niedern Adels) nach der heutigen Staatsverfassung noch in der Regel Statt hat, sind von Herrn Danz richtig gezeichnet".

Philipp's, Grds. des gem. deuschen Privatr. (1846) II, 323: „Der landsässige Adel hingegen hat kein so ausgedehntes Recht zur Errichtung von Hausgesetzen, sondern ist hinsichtlich seiner Autonomie vorzüglich auf die Familienfideicommisse gewiesen. Finden sich hier Hausgesetze vor, so kann es wohl kaum bezweifelt werden, daß sie nicht anders, als in Folge landesherrlicher Bestätigung Gültigkeit haben. Gegen dritte Personen erlangen die Hausgesetze, wie überhaupt die autonomischen Rechtsnormen, ebenfalls Gültigkeit, sobald nicht schon erworbene Rechte Dritter durch sie verändert werden", mit Beziehung auf *Jaup*, de valore pactorum familiarum nobilium intuitu tertii. Giess. 1792.

Wilda, Zeitschr. für deutsches R. XII, 190, der S. 186 findet, was wir mit Beseler Pr. R. III, §. 176 nicht finden können, „daß fast alle neueren Germanisten zwischen Fideicommissen, welche adligen und bürgerlichen Familien angehören, unterschieden", sagt (1848): „Die Familien- oder Geschlechtsfideicommisse sind auf dem Boden des Adelsrechts erwachsen. Die Befugniß, dergleichen zu errichten, ist ein Ersatz, welcher dem niedern, insbesondere dem landsässigen Adel für den Verlust der Autonomie geworden ist". Er glaubt aber, daß

Digitized by Google

spätere Theorie und Gesetzgebung das Institut zu einem dem generellen Privatrecht angehörenden erhoben habe.

Beseler, der bereits in seiner „Lehre von den Erbverträgen" 1840. II. 2. 75. das Familienfideicommiß zu den autonomischen Anordnungen zählt, durch welche der Adel das alte Güterrecht theils zu erhalten xc. suchte", trägt auch 1855 im System des gem. deutsch. Privatr. III, §. 176 das Familienfideicommiß unter dem „Vermögensrecht des niedern Adels" vor, ist aber auch für Ausdehnung auf den Bürgerstand, gründet es auf ein „allgemeines Gewohnheitsrecht" und sagt S. 53:

„Einer landesherrlichen Bestätigung bedarf die Errichtung des Fideicommisses nach gemeinem Rechte nicht, da das Institut zwar anomalischer Natur ist und auf einer besondern weiten Ausdehnung der Privatwillkühr beruht, aber auf Grund des Gewohnheitsrechts eine selbstständige Geltung erhalten hat".

Auch Hillebrand, Lehrb. des gem. deutsch. Privatr. (1849) §. 226 zählt hierher und trägt dieselben Grundsätze vor.

Unser Hessisches Partikularrecht hat, wenn man nicht nach Obigem annehmen muß, daß es im Sinne der von Eichhorn vertretenen Ansicht die pacta familiae eines Jeden als bindend betrachte, jedenfalls die des niedern Adels anerkannt.

In einem gerichtlichen Vergleich von 1578 in einem Rechtsstreite dreier Wallensteinschen Töchter c. ihre Brüder (abgedruckt bei Lennep cod. prob. S. 344) wird sich bereits auf „den allgemeinen dieses Fürstenthumbs Hessen unter adelichen geschlechter herprachten Prauch und gewohnheit" bezogen, und soll „dem obangezogenen deß adelß Prauch und gewohnheit dieses Fürstenthumbs durch die Vergleichung nichts präjudicirt werden".

Wäre dieser „Brauch", d. h. das deutsche Recht (Ausschließung der Weiber) freilich unbestritten gewesen, so wäre ein Vergleich nicht nöthig erschienen, der gerade in der Bestreitung auf Grund des römischen Rechts seine Veranlassung hatte. Schon unter Landgraf Wilhelm II. war dieserhalb ein allgemeines Landrecht beabsichtigt und ein Wunsch insbesondere „der Ritterschaft, weil sie eine sichere Erbfolge in ihren Ritterlehen und die Er-

Digitized by Google

haltung eines reinen Mannsstammes wünschte" (Rommel I, 169) Landgraf Wilhelm II. ließ durch seinen Canzler Reinhard Scheffer eine Ordnung zusammentragen, „darinnen denen Unterthanen zu gutem allerhandt zweifelhaftige Erb= und andere Felle ꝛc. decidiret und erörtert werden". Diese Ordnung ist nur Project geblieben[5]), aber noch in Geise deutschem corp. iur. im Buch IV erhalten.

(Kopp Ger. Verf. I. 87. Kulenkamp Lit. 76). Soweit darin insbesondere der „Brauch" sanctionirt werden sollte, hat das Werk auch als Project historischen Werth[6]). Darin lautet nun S. 487.

Buch IV. Kap. 24. §. 6:

Nachdem auch in unsern Fürstenthumen und Gebieten etliche Geschlechter von Adel ihre besondern Stammhäuser und Güter, so von niemand lehnrührig sein, haben; wofern dann dieselben Geschlechter durch zuvor aufgerichtete Burgfrieden oder Erbverträge solcher ihrer Stammhäuser und Güter halben Vorsehung gethan hätten, oder durch Aufrichtung dergleichen Erbverträge künftig Vorsehung thun würden, daß dieselben beim Stamm bleiben und auff die Töchter, alldieweilen jemand von selbigem Stamm männlichen Geschlechts übrig, nicht vererbet, die Töchter aber mit einer erträglichen und nach Ge-

5) *Waldschmidt*, de singular. quibusd. et antiquis in Hassia iuribus. Marb. 1718 p. 15: Indeque recentiori isti collectioni des Hessischen Land=Rechts privato usu non ita pridem typis vulgatae principalium constitutionum robur nondum accessit.

6) Dasselbe nimmt mit *Hombergk* de usufr. parentum in Hassia. Mb. 1770 auch Pfeiffer, pr. Ausf. I, 185 an, und Pütter, Rechtsf. I, S. 126 mit Bezugnahme auf zwei Dissertationen von *Ihringk*, mod. computandi fructus in separatione feudi ab allodio, der §. 61. sagt: de ipsius tamen constitutionis commemoratae αυθεντια viros magnificum atque illustrem *Jo. Ad. Koppium* et *Jo. Georg Estorem* patronos meos summa pietate venerandos, haud dubitare scio; und *Korthold* de simultanea investitura Hassiaca, der gestützt auf *Ihringk* §. 27. sagt: Certe de αυθεντια constitutionum specialium praecipue feudalium, quae ibi occurrunt nemo dubitat, cum et separatim exstent et assiduo observantur usu.

Digitized by Google

legenheit der Güter billigmäßigen Summa Geldes abgelegt werden sollen; so wollen wir deßfalls solche Erbverträge denen adelichen Stämmen und Geschlechtern zu gute und ihrer Erhaltung, aus habender landesfürstlichen Macht und Obrigkeit Recht hiermit wissentlich ratificiret und bekräfftiget haben, also und dergestalt, daß die Töchter solcher ihrer Eltern und Voreltern, auffrichtigen Erbverträgen, Burgfrieden, Pacten und Gedingen zuwider, zu keiner Erbforderung an solchen Stammhäusern und Gütern, weiter als nur allein zu ihrem daran vermachten und angebühREnden Gelde zugelassen noch verstattet werden sollen".

Im §. 7. wird sodann „wann gleich weder Erbverträge, Burgfrieden, noch dergleichen pacta und Gedingen der Stammgüter halben nicht vorhanden", doch verordnet, daß es hinführo auch also gehalten werden solle, da (falls) es gleichwohl bei denselben Geschlechtern zuvor also gehalten", so daß sich die Töchter müssen abfinden lassen, wie das in zuvor aufgerichteten Burgfrieden oder Verträgen bestimmt oder sonst vermöge kundbaren Brauchs und Gewohnheit Herkommens ist".

Estor in neu. kl. Schr. 2, 38. berichtet: Die Fürstlichen Hessischen Gebräuche, welche der 1587 verstorbene Kanzler Reinhart Scheffer zu Cassel aufgesetzet hat und in den Fürstlichen Hessen Darmstädtischen Landen darnach gesprochen wird[7]), lauten folgendermaßen: Und im Fall gleich 2c.

Hierauf folgt der §. 7. ganz so wie bei Geise, so daß auch Estor den oben angegebenen Ursprung des bei Geise abgedruckten Landrechts und dessen Ansehen in Hessen Darmstädtischen Landen bezeugt[8]).

Lennep Landsiedell. §. 59. und Kopp, Ger. Vf. I, §. 16

---

7) *Korthold* l. c. **In terris vero Darmstadtinis omnia iudicia tam superiora quam inferiora illud pro lege agnoscere tenentur.**

8) Nach Kopp Handb. 6, 290 sind die Verordnungen in Lehnsachen, welche im Geiseschen Landrechte enthalten, auch im Hessen-Casselschen in Uebung. Beleg dafür ist freilich nur was *Ihringk* und *Kortholt* berichten, **cum assiduo observentur usu.**

Digitized by Google

nehmen ebenfalls einen „des Fürstenthums Hessen unter adlichen Geschlechtern herbrachten Brauch und Gewohnheit“ an.

Wie schon oben angeführt ist, hat die Proceßordnung von 1745. §. 47. die projectirten Rechtssätze nicht in ihrem ganzen Umfang aufgenommen, aber doch „die von denen Vorfahren hierüber errichteten pacta familiae“ anerkannt und dieselben damit aus habender landesfürstlicher Macht und Obrigkeit Recht ratificirt und bekräftigt.

Weiter ist auch der höchste Gerichtshof nicht gegangen. Eine allgemeine Gewohnheit des Ausschlusses der Töchter hat man nicht angenommen [9]).

---

9) Schon die Marburger Juristenfacultät interpretirte 1590 einen Verzicht adlicher Töchter streng unter dem Vorbehalt, daß der Mannsstamm nicht ausgestorben sei, quia renunciationes filiarum, quibus parentum hereditatem repudiant, admodum odiosae sunt. — Et hinc est, quod statutum, consuetudo vel privilegium excludens filiam a successione non excludat eam simpliciter, sed ad tempus, nempe donec superstites sint masculi, proinde nulla amplius exstante prole mascula, reducitur ad statum, quem de iure communi habet, ut scilicet collata dote pro sua portione succedat. — Unde cum favor familiae auferat filiabus id quod et naturae et gentium iure illis debetur, restringi potius, quam ampliari iste debet. Consilia Marpurg. 1, 20 et 21. Vgl. auch ib. 3, 25, wo in Anwendung dieser Grundsätze eine fideicommissarische Stiftung zu Gunsten des Mannsstammes im Interesse der Töchter wegdisputirt wird. — Den Brauch selbst bezeugen diese consilia auch: Consuetum est in familiis nobilium, ut sorores certa pecuniae summa dotis nomine accepta in favorem fratrum renuncient et paternis bonis abstineant: Modest. Pistor cons. 21. nr. 7. vol. 1, qui toti fere nobilitati Germaniae huiusmodi consuetudines et statuta dicit esse frequentissima, ib. 3, 26. nr. 9.

J. A. Hoffmann, Hdb. des deutsch. Eher. S. 132 sagt: In Hessen sind die Verzichte sowohl in den fürstlichen Häusern, als auch bei den adlichen Töchtern ebenfalls bräuchlich; doch werden nach dem Landesgebrauch und Herkommen keine eidliche Verzichte erfordert. Wenn auch die Töchter sich weigern sollten, diese Verzichte abzulegen, so wird doch darauf nicht gesehen, wie hiervon ein Fall bei der Berleps'schen Familie vorkam. Denn diese Verzichtleistungen stehen überhaupt, wo sie hergebracht sind, den Töchtern nicht mehr frei,

Digitized by Google

„Allenfalls aber und wenn man auch diese weibliche Successionsunfähigkeit pro regula annehmen will, dieses doch in denen adlichen Familien nicht angehet, bei denen die Töchter je und allewege auf das Erbe renunciiren müssen, maßen eben diese renuntiationes genugsam zu erkennen geben, daß besagte Töchter nicht an und für sich von der Succession ausgeschlossen gewesen, sonsten es der Renunciation nicht bedurft hätte".

Dec. 316. nr. 10.

Attamen tale ius revolutionis hodie non aliter locum habet, ac si pactis familiae aut observantia stabilitum est.

Dec. 317 nr. 5.

Nicht ein Mal eine Connivenz für Erbringung des Beweises hat die Ansicht herbeiführen können, daß nach ursprünglich deutschem Recht dieselbe Succession ohnehin galt, welche durch die pacta familiae nur festgehalten werden sollte.

Dec. 94. a. E.

Dagegen hat man in keiner dieser Decisionen, zu welcher auch noch 318, sowie die schon oben angeführten 45 und 46 kommen, eine landesherrliche Bestätigung der pacta verlangt, die man vielleicht schon generaliter in §. 47. der Pr. Ordng. ertheilt, vielleicht überhaupt nicht nöthig fand. In den pactis familiae der Familien v. Baumbach, Boyneburg, Buttlar, deren diese Decisionen gedenken, dem pactum familiae von 1434 der

---

sondern sie müssen von ihnen unweigerlich gethan werden (bei dem altadel. Geschlecht der v. Malsburg in Hessen ist von jeher kein Unterschied zwischen den Töchtern und Schwestern, welche Verzicht geleistet, und denen, welche sie nicht gethan haben, gemacht worden. sondern beide haben sich mit einem gewöhnlichen Brautschatze begnügen müssen. Gendling rechtl. Ausarb. Th. I Nr. V. S. 23 fg., Nr. VI. S. 35 fg), widrigenfalls können sie bei beharrlicher Weigerung auf den Ungehorsam für verziehene Töchter geachtet und erklärt werden, da ihnen zumal von Stammgütern kein römischer Pflichttheil gebührt, sondern mit der Brautgift und Aussteuer zufrieden sein müssen rc. Diese Sätze, welche eine Fideicommißstiftung unnöthig machen würden, sind in Hessen überall nicht in der Praxis anerkannt und vom Verf. nur mit Bezugnahme allgemeiner Autoritäten, nicht für Hessen besonders begründet.

Digitized by Google

v. Bodenhausen bei *Pufendorf* obs. 3, 20, der von Calenberg 1493 bei Wiegand, Arch. für Gesch. und Alterth. Westph. V, H. 1, S. 49 ff., v. Tann 1687 bei Estor kl. Schr. 3, 85; der v. Schenk zu Schweinsberg v. 1400 bei *Kuchenb.* anal. 1, 97 und Estor kl. Schr. III, 272, de 1699 bei Estor kl. Schr. I, 38, der v. Haun de 1562, das. II, 418, v. Spiegel de 1524, das. II, 767, v. Malsburg de 1322, Kuchenb. anal. II, 411 und XI, 194, der v. Löwenstein de 1466 bei Kopp hess. Cass. Gv. 1, Nr. 108 (nach Landau Ritterb. 1, 161 1527 erneuert, vom Landgr. Philipp förmlich bestätigt und „später in den hessischen Landesordnungen (?) aufgenommen"), ferner der v. Buchenau de 1406 bei Schannat Cl. Fuld. 279 sq., ist überall keine Rede von einer landesfürstlichen Genehmigung. Wenn die v. Schenk zu einem 1740 errichteten Familienvertrag der fraglichen Art die landesfürstliche Genehmigung suchten und erhielten,

> *Schenk* de Schweinsberg de bonorum stemmaticorum et fideicomm. familiarum nobilium origine atque discrimine (1829) p. 26.

so geschah das gewiß nur, um mit Gaill. l. c. zu reden, weil huiusmodi pacta et statuta familiae magnum robur accipiunt, si Caesar talia pacta etc. confirmet, nicht weil sie die Bestätigung für nothwendig gehalten hätten, da ihre Güter nicht Hessische Lehn waren und dem Landgrafen nur ein Oeffnungsrecht zustand; (ib. p. 24.);
daher denn auch bei früherer Gelegenheit nicht landesfürstliche, sondern kaiserliche Genehmigung zu suchen beabsichtigt war.

Im Jahr 1836 erhielten von der althessischen Ritterschaft auf den Grund des §. 50 der Vf. Urk. 1831 entworfene Statuten landesherrliche Genehmigung, in welchen nicht nur die Gültigkeit schon errichteter fideicommissarischer Stiftungen vorausgesetzt, sondern auch die Befähigung der Mitglieder der Ritterschaft zu deren Errichtung für die Zukunft ausgesprochen wird. Der §. 5. heißt nämlich:

Digitized by Google

Der Aufnahme in die Ritterschaft fähig sind nur diejenigen, welche 2c.

d) eins oder mehrere der in der Gütermatrikel verzeichneten 2c. Güter eigenthümlich besitzen und vermöge ihrer Lehns- oder Fideicommiß-Eigenschaft im Mannsstamme mit Ausschließung der weiblichen Descendenz, so lange jener besteht, vererbt werden.

Der §. 11. lautet: Auch bleibt es den Mitgliedern der Ritterschaft freigestellt, durch Creditvereine unter sich, sowie durch fideicommissarische Einrichtungen ihren Wohlstand zu erhalten und zu heben, sowie zur Ausbildung ihrer Söhne Beneficien zu errichten.

Die günstigen Resultate, welche man für das Autonomierecht des niedern Adels in Hessen hieraus ziehen könnte, verlieren jedoch sehr an Bedeutung, wenn man bedenkt, daß überall nur von pactis vor 1745 die Rede ist, denen landesfürstliche Genehmigung im §. 47. der Proceßordnung generaliter geworden war. Daß dieselbe zu pactis der fraglichen Art überhaupt, auch für noch abzuschließende, ihre Genehmigung im Voraus geben wollte und daß sie es namentlich auch dann noch thun wollte, wenn die Güter- und Erbverhältnisse eine so durchgreifende, dem deutschen Recht so entschieden und bewußt feindliche Umgestaltung erleiden würden, wie die vom 26. August 1848 war, ist mindestens sehr zweifelhaft. Die eben angeführten ritterschaftlichen Statuten sind nicht publicirt. Wenn die Juristen des vorigen Jahrhunderts, die doch noch überall umgeben waren von Erb- und Güterverhältnissen eigenthümlich-deutschrechtlicher Natur, doch eine so offenbare Hinneigung zum römischen Recht zeigen, daß ihnen sogar die stetigen renunciationes der adeligen Töchter nicht ein Beweis für die Fortdauer des deutschen Rechts in tantum, sondern umgekehrt für die allgemeine Geltung des römischen Rechts, wenigstens in adeligen Familien sind [10]), wie

---

10) Diese Auffassung der Verzichte wird auch jetzt wieder Eichhorn entgegen, der (Einl. in das deutsche Priv. R. §. 367) ihren Gebrauch

Digitized by Google

sehr hat man sich von einem künftigen Geschlecht, welches deutschrechtliche Erbfolge überall nur als eine vereinzelte Antiquität und Curiosität kennen wird, zu versehen, daß ihm die oben entwickelten Bedenken wegen Geltung solcher autonomischen Successionsordnungen Dritter gegenüber unabweisbar scheinen werden? Einen Beweis dafür kann man vielleicht schon in einem Erkenntniß des OAGer. zu Celle vom 15. Februar 1854 finden. (Mag. für Hann. R. IV. Extraheft S. 74 ff.) wonach „die kraft ausgedehnteren Autonomierechts dem deutschen hohen Adel zustehende Befugniß, durch Familienverträge und Hausgesetze die Verhältnisse ihrer Familien, namentlich die künftige Erbfolge innerhalb derselben zu ordnen, auf den niedern Adel nicht ausgedehnt werden kann" und einem derartigen Vertrag von 1789 resp. 1800 die Wirksamkeit abgesprochen ist.

Wenn nach der Bundesacte und dem standesherrlichen Edict von 1833 (dem freilich die Wirksamkeit eines Gesetzes, welches auch für andere, als die Standesherrn Gültigkeit hätte, nicht zukommen dürfte) die bestehenden Familienverträge an eine Vorlage an den Souverain, resp. öffentliche Kundmachung, die künftigen sogar an landesherrliche Bestätigung und Kundmachung gebunden werden, insofern sie vom gemeinen Landesrecht abweichen, so kann man aus der Nichterwähnung der Statuten des niedern Adels wohl nicht schließen, daß derselbe dazu gar nicht berechtigt sein soll, noch weniger gewiß, daß er in deren Errichtung weniger beschränkt sein soll, als „die privilegirteste Klasse im Staat". — Wenn also auch in den nicht publicirten und darum noch weniger als das standesherrliche Edict auf Gesetzeskraft Anspruch machen könnenden ritterschaftlichen Statuten des Vorbehaltes landesherrlicher Bestätigung nicht ausdrücklich gedacht ist, so darf daraus kein Schluß darauf gemacht werden, daß sie unnöthig sei. Es ist sogar nicht nur

allein für einen Beweis der Stammgutseigenschaft hält, wenn er als Landesgebrauch betrachtet werden muß, von Reyscher Erbverzichte der adl. Töchter §. 11 in der Zeitschr. für deutsches Recht S. 46 ff. vertreten.

Digitized by Google

zweifelhaft, sondern auch in der That von achtbaren Autoritäten schon bezweifelt worden, ob selbst eine landesherrliche Bestätigung einem solchen Statut des niedern Adels Wirksamkeit verleihe: (Walter System des deutschen Priv. R. 1855. §. 470.)

„In der Stiftung eines Familienfideicommisses erhebt sich der Privatwille zu einem Gesetze, welches man einer Nachkommenschaft bis in die entferntesten Zeiten auferlegt. Aus diesem Grunde ist die Errichtung von Familienfideicommissen nur da für zulässig zu halten, wo das positive Recht dieselbe ausdrücklich gestattet".

Walter bekennt zwar: „Anderer Meinung sind allerdings fast alle Rechtslehrer, welche diese Befugniß aus der allgemeinen Dispositionsfreiheit herleiten". Wie auf schwachen Boden aber diese Rechtslehrer stehen, und das zumal einer Zeit gegenüber, deren Rechtsansichten den Privilegien aller Art von Tag zu Tag mehr und entschiedener, auch wie die Erfahrung lehrt, immer unwiderstehlicher widersprechen, geht wohl zur Genüge aus dem Vorausgegangenen hervor und läßt bezweifeln, daß noch lange Zeit „fast alle Rechtslehrer" anderer Meinung sein werden.

Dieser Gesichtspunkt ist für den, welcher ein Statut errichten will, welches seine Wirksamkeit nicht sofort und unter der Herrschaft der heutigen Rechtsansichten, sondern erst demnächst unter dem Eindruck anderer und anders ausgebildeter Rechtsbegriffe äußern soll, kein untergeordneter. Denn für ihn fragt sich mindestens eben so sehr, was consilii, als was iuris sei?

Man wird aber nach alle dem nicht bezweifeln dürfen, daß es immerhin sehr consilii sei, die landesherrliche Bestätigung für pacta der fraglichen Art einzuholen.

Digitized by Google

XII.

Ueber das Civilprozeß-Verfahren wider Abwesende.

Von

Herrn Geh.=Reg.=Rath **Dr. Emminghaus** in Weimar.

Daß Einsender unter A. und B. nachstehend ein schon etwas älteres Weimarisches Landesgesetz vom 1. April 1839[1]) nebst einer im Leben damit angestellten Probe, mittheilt, ist hoffentlich an diesem Platze nicht unwillkommen, da der Stoff, vermöge der jetzigen Wanderlust, größere Theilnahme zu erregen fähig, und die verarbeiteten Gedanken keineswegs specifisch nur in Weimar den Juristen oft beschäftigende sind. Daß er aber ein paar Bemerkungen beigesellt, von welchen einige zu erneuter Prüfung des einen in letzter Instanz ausgesprochenen Satzes vielleicht aus den Gesichtspunkten der l. 14. 25. D. I. 3. einladen, dürfte schon darum nicht unschickliche Rechthaberei gegenüber der res a supremo judicio judicata, zu schelten sein, weil ja blos ein Entscheidungsgrund, der beiläufig einfloß, jedoch von den casus substratus weit überschreitender Tragweite ist, — nicht die Richtigkeit des Tribunalspruchs selbst, in Zweifel gezogen werden soll.

1) Die Rechtsgeschichte lehrt, daß der Impuls zu dem Gesetz vom 1. April 1839 in einem in den Ministerial=Akten

---

1) Regier.=Blatt S. 95.

Digitized by Google

anzutreffenden Berichte der damaligen Landesregierung in Weimar vom 16. März 1838 gegeben ward: „Die zurückgelassene Ehefrau eines nach Amerika ausgewanderten frühern Einwohners des Großherzogthums erhob bei uns Klage auf Scheidung wegen eines von ihm vor seiner Entfernung begangenen Ehebruchs. Wir erachteten uns für unzuständig, weil der Beklagte mit Erlaubniß der obern Polizeistelle das Land verlassen hatte, um anderwärts einen neuen Wohnsitz zu begründen. Allein freilich muß hier eine zu Härten führende Lücke in der Gesetzgebung anerkannt werden, welcher durch ein neues Gesetz billig abzuhelfen. Gegen den, welcher aus dem Staats=Verbande förmlich entlassen worden ist, und darauf aus dem Staatsgebiete definitiv sich entfernt hat, sind jenes Staates Gerichte incompetent, indem, wenn auch vielleicht völkerrechtliche Verhältnisse dahin führen, daß Er künftig wieder aufgenommen werden muß, doch gegenwärtiges Subjections=Verhältniß, womit die Competenz der Gerichte bedingt ist, und Heimathrecht, das dereinstige Wiederaufnahme begründen kann, auseinandergehalten werden müssen [2]).

2) Von dem Gesetz unter A. hinweggesehen, möchte es schwerlich gelingen, in den im Großherzogthum gültigen Rechtsquellen [3]) einen tüchtigen Haltpunkt für die Aufstellung eines „von Amtswegen zu ernennenden Anwalts“ einer, mit dem Armenrecht [4]) nicht versehenen Partei, wider die irgend ein Anspruch geltend gemacht werden soll, aufzufinden. Von dem

2) Zu vergleichen Bluntschli, Staatsrecht S. 100. E. Weiß, deutsch. Staatsr. 1843. S. 738, H. A. Zachariä, deutsch. Staatsrecht 1853 f. Th. I. S. 444, Thl. II. S. 248. Hiernach möchte die Lehre bei v. Savigny Syst. B. VIII. S. 39—106 und Osterloh ord. Proz. Ausg. 3. S. 195, nach sichtbarer Intention derselben zu beschränken sein.

3) Die zu Gunsten dieser für uns exotischen Pflanze in dem Prozeß=Gesetzentwurfe in den Beilagen zu den Landt. Verh. von 1847. §§. 171. 173. erfaßte Idee, sie in größerer Ausdehnung zu cultiviren, ward in dem neuesten solchen Entwurfe, dessen die Landt. Verh. 1853. Prot. S. 26. erwähnen, §§. 119. 17. verworfen.

4) Ueber Armenanwälte S. Gesetz v. 28. Oct. 1840 §. 30, Reg. Bl. S. 221.

Digitized by Google

curator absentis, dessen allerdings, mit Hinblick auf solche, die den Abwesenden belangen, oder doch in eine rechtlich nachtheiligere Stellung ihn versetzt sehen wollen, im Allgemeinen l. 6. §. 2. D. XLII. 4 und F. Walter[5]) und speziell die Weimarsche Wechsel-Ordn. von 1819[6]) ingleichen das Gesetz über Verschollenheitserklärung vom 1. März 1839[7]) gedenken, müssen wir Jenen sorgsam getrennt halten, weil ja „Vormund" und „Anwalt" (ein von einer Obervormundschaft ganz unabhängiges Organ), grundsätzlich verschiedene[8]) Begriffe sind. Nur insofern anerkennen wir eine Parallele zwischen Beiden, als wir, ungeachtet der c. 1. C. V. 31. und der §§. 15. 8. des Gesetzes vom 15. März 1850[9]), die Zuständigkeit[10]) des Kreisgerichts für Bestellung auch der Curatoren nach den Maximen über Connexität[11]), behaupten, welche die Wechsel-Ordnung §. 225, und obiges Gesetz von 1839 erwähnen. Das letztere betreffend hat das Kreisgericht Weimar 1855 so entschieden.

3) Allerdings wird das um Verhängung der cura absentis[12]) angerufene Justizamt oder Stadtgericht „bona" des

---

5) Syst. des deutschen Priv. R. 1855. S. 106.

6) §. 225. Reg. Bl. 68.

7) §. 12. Reg. Bl. S. 44. Auch zu vergleichen Verordn. zu Ausführ. des Pfand-Gesetzes v. 12. März 1841. §. 158. Reg. Bl. S. 73.

8) Der Anwalt wird auch in unserm Falle Vollmacht beischaffen müssen, [S. Seuffert, Archiv für Entscheid. B. III. S. 434] Schwierigkeit macht oft die nach §. 52 des Proceß-Ges. vom 12. April 1833 und den Nachtrag v. 1842, Reg.-Bl. S. 106 nöthige öffentliche Beglaubigung derselben.

9) Reg.-Blatt S. 159.

10) Vgl. Zeitschrift für Rechtspflege in Thüringen Bd. II. 1855. S. 51.

11) S. Martin, Bürg. Proz. Ausg. 12. §. 30. Heffter, Syst. des Civ. Proz. S. 111.

12) Diese Beschirmung seiner Rechte mißgönnt unsere Gesetzgebung sicher auch dem, im Sinne des Gesetzes vom 1. April 1839, Ausgewanderten nicht: (Bluntschli, Staatsr. S. 101). Sie wird häufiger für ihr Bedürfniß nach der Anmerkung zur Anfuge A

Letztern, die einer Administration bedürfen[13]), nachgewiesen haben wollen[14]). Indeß bleibt ja, für den Fall, daß abschlägig decretirt wird, dem kampflustigen Kläger, die Edictalladung zu beantragen freigelassen: l. 68—73. D. V. 1; l. 53. §. 1. D. XLII. 1; l. 1. §. 2. D. XLVIII. 17; c. 8. C. VII, 43, Nov. 112.

---

hinten. Gläubiger desselben möchten reiflich im Einzelfall zu überlegen haben, ob cura absentis, oder Subsumtion unter das Gesetz von 1839 sie gedeihlicher in den Hafen leitet. Da unser Gesetz vom 4. März 1839 (Reg.-Bl. S. 42), ausgehend von der billigen Erwägung, daß Der, welcher nicht vermuthet, daß ihm in der Heimath ein Erwerb geblüht, zu Mittheilungen dorthin über sein Ergehen, und seine Addresse keinen Impuls hat, — die Verschollenheits-Erklärung, wodurch der Gläubiger bequemere Gegner oft erlangt, so lange bis 10 Jahre hindurch die *cura absentis* bestanden hat, in seinem §. 2. a. E. hinausschiebt, so wird das Gesetz von 1. April 1839 häufig bei solchen Complicationen zu Hülfe gerufen werden.

13) Vergleiche auch Gesetz vom 1. März 1839 §. 9. Reg.-Bl. S. 43. Die obigen Behörden werden, um gegen alle Verantwortung sich zu decken, mit einer Nachfrage bei der Polizeistelle (S. deutsche Wechsel-Ordn. v. 1848. §. 91. Weim.-Reg.-Bl. S. 382); — — ingleichen einem Avertissement im Anzeiger zur Weim. Zeitung, zweckmäßig ihr Verfahren beginnen. „Mit Unwissenheit über den Inhalt solcher Inserate soll Niemand sich entschuldigen": lautet das Publikandum im Reg.-Bl. 1817. S. 2, vergl. Jahrg. 1832. S. 11. Practisch richtig scheint die Lehre bei *R. Engau*, diss. de cura bonor. absentis. Jen. 1753. p. 6: „curator omnes actus speciale mandatum requirentes sciente magistratu peragere potest". Auch zu vergleichen Constit. vom 1. Dez. 1775 §. 9. [Schmidt, Weim. Gesetze B. V. S. 299]. Mit der deutschen principiellen Anschauung: S. Kraut, Vormundsch. R. Bd. I, S. 96, Emminghaus Pand. des gem. Sächs. R. S. 101. St. 10, S. 288. St. 51, Bluntschli, deutsch. Priv.-R. Bd. II. S. 150. 354, steht l. 17. D. XXVI, 8 nicht im Einklang. Daß die sollicitudo des Vormundes damit nicht diesem abgenommen ist, darüber s. l. 2. §. 2. D. XXVII. 2, von Holzschuher, Theorie und Casuistik. B. IV. 1854. S. 140, H. A. Müller, Zeitschr. für Rechts-Pflege im Großherzogthum Weimar Bd. I. H. 3. 1825. S. 265

14) S. Hänsel Excurse zu Curtius Abth. III. S. 500, dessen letzten Grund S. 501, der von der für den Beutel des Curators schmerzlichen Folgen entnommen ist, wir jedoch nach Nr 7 des Textes nicht theilen.

Digitized by Google

c. 3, c. 10, XII. 14; c. II. X. III. 4, Clem. 1. II. 1, Clem. un. II. 2; Notar. Ordn. vom J. 1512 T. III. §. 1, Cammergerichts-Ordn. v. 1555. Th. I. T. 38. §. 19. Heffter Syst. d. Proc. S. 247. Weimar. Gesetz v. 1. Mai 1829[15]).

4) Eine, in Weimar bis 1839, niemals in ähnlicher Weise gesteckte Zeitschranke ist auch die Nöthigung dessen, der klagend einen Gegner vor die Klinge durch Ediktalien gebracht zu sehen wünscht, damit von des Letztern Entfernung ab fünf Jahre zu warten. Dieser Zwang[16]) kann für den Kläger sehr drückend sein. Der Gegner kann reichliches Vermögen zurückgelassen, auch etwa einen Administrator bestellt haben, welcher indeß, aus Mangel an Erstreckung seiner Vollmacht auf den einzuklagenden Anspruch, sich nicht auf solchen einzulassen braucht. Setzt nun auch der Kläger Ernennung eines curator absentis durch, so wird dieser pflichtmäßig des Leugnens und des Nichtanerkennens etwaiger klägerischer Privat-Urkunden sich befleißigen[17]); nach Umständen kann, sofern es auf Eidesleistungen des beklagtischen Theils ankommt, dem Kläger, selbst wenn, was bei Kind[18]) geleugnet wurde, bei uns jetzt nach Analogie des Gesetzes über Eidesleistung für den Fiskus v. 26. Februar 1850[19]) ein Anstrengen des Curators hierzu, bezügig für

---

15) Reg.-Bl. S. 63. Nach R. Siebel, Repertor. 1835. Bd. I. S. 173. existirt ein hierher gehöriger Aufsatz in Hofackers Jahrb. für Rechts-Pflege in Württemberg. Bd. IV. S. 316. — Wenn L. Höpfner Verträge zur Praxis. Bd. I. 1841. S. 74 fg. von der Möglichkeit einer restit. in int. Zweifel entnimmt, so darf man wohl erwidern, daß das Recht, durch Zulassung dieser Ausnahme, die Regel bestätigt. Zu vergleichen v. Savigny, Syst. Bd. VII. S. 180 fg., und über l. 2. c. VII. 40. *C. A. Brehm*, dispunct. spec. 2. Lips. 1810. p. 11.

16) Schon im Prozeß-Gesetz-Entwurf v. 1847 abstrahirte man §. 173 hiervon wieder. Der in den Motiven zu §. 168 fg. angedeutete Grund dürfte nicht allein stehen.

17) S. V. Wagner, Zeitschr. für österreich. R.-Gelehrs. 1825. Hauptbl. S. 244 fg.

18) Quaest. ed. 2. T. III. c. 71.

19) Reg.-Bl. S. 83. Administratoren aller Art stellt in gleiche Linie

Digitized by Google

ihn fremder Handlungen denkbar[20]) sein sollte, doch in Klägers Interesse vielmehr die von Kind vertheidigte Herbeirufung der eigenen Person des Abwesenden liegen. Ueberdies dürfte die Procedur wider den „Anwalt" gar oft, weil er Unerreichbarkeit einer Instruktion vorschützt, in Stocken gerathen[21]): man wird mit dem Einstürmen auf ihn noch viel mehr billig einhalten müssen, als dies in dem bezügig des von der Partei selbst ernannten Sachwalters in dem im Wochenblatte für Rechtsfälle 1849. S. 356 erzählten Falle, freilich nur erst die dritte Instanz vorschrieb. Sagt der Anwalt z. B. wiederholt: „der Consul in Neu-York meldet: mein Client sei von seiner 80 Meilen von da im Innern befindlichen Wohnung auf 6 Monate verreist, ich erwarte durch meinen Correspondenten bald Briefe von ihm"; so fesselt den Kläger das Gesetz vom 1. April 1839 in seinem Laufe. Erst wenn der Anwalt erklärt: „mein Latein ist zu Ende", getrauen wir uns, vom bösen Quinquennium auf Klägers Anrufen abzusehen.

5) Als ausgeschlossen von dem Gebiete des Gesetzes vom 1. April 1839 sind die Scheidungsklagen wegen böslicher Verlassung[22]) zu denken, sobald a) entweder die Frau die Beklagte ist; dann deutet schon das Gesetzeswort „Ehefrau" darauf; aber auch b) in dem Falle, wenn die Frau klagt, sofern nur überhaupt in diesem Falle die Gestalt der Sache das Ehegericht auf Anerkennung der Statthaftigkeit des Klaggesuchs hinführt. Diese Beurtheilung liegt auf einem ganz andern

---

mit dem Vormund *Schaumburg* O. P. J. T. I. p. 433. ed. *Reichardt*.

20) Wie auch schon gemeinrechtlich Arnold über Eidesleist. durch Stellvertr. 1843. S. 55. 49 opinirt, und unser Prozeß-G.-Entwurf v. 1853 im §. 342 vorschlägt.

21) Daß der Curator Ediktalien beantragen könne, sagt auch schon die Preuß.-Ger.-Ordn. v. 1793. T. VII. §. 13. Ueberhaupt s. in Betreff der Edictalien, dafern Beklagter *durante lite* sich entfernt, c. 4. X. II, 15, Hänsel a. a. O. S. 498, Preuß.-Ger.-Ordn. a. a. O. §. 36.

22) Heimbach, Sächs. Proc. Bd. II. S. 159.

Digitized by Google

Felde. Von den bekannt gewordenen Maximen der Fakultät Jena und des dasigen Oberappellationsgerichts[23]) gehört hierher lediglich der Satz, daß das Klagrecht nur erst durch Wirkungslosigkeit der Edictalien mit begründet wird. Das Appellationsgericht Eisenach hat 1853 in einem Falle, wo Auswanderung des Ehemannes vor drei Jahren erfolgt war, blos auf den Diligenzeid der Frau, von dem Anwalte, und den fünf Jahren, u. s. w. hinwegsehend, gesprochen.

6) Die Weimarsche Verordnung über amtliche Bekanntmachung der bevorstehenden Auswanderungen vom 22. Febr. 1848[24]) wird zwar factisch das Feld, worauf wir unter der Herrschaft des Gesetzes vom 1. April 1839 uns herumtummeln sollen, verengen. Allein wahre Civil-Rechts- oder Prozeß-Rechts-Quelle ist doch jene Verordnung kaum. Zwar ergriff der Landtag zu jener die Initiative, eigentlich Verpflichtung derer, die auswandern wollen, selbst ihr Vorhaben zu veröffentlichen, erbittend. Indeß hielt das Großh. Staats-Ministerium ein Gesetz dieses Inhalts für unnöthig[25]). Die Emanation vom 22. Februar 1848 blieb auf der, ein wenig niedrigern, Stufe eines an die Behörden gerichteten Befehles stehen, die dem Zwecke nachstrebt, die Ausführung schon bestehender Gesetze besser zu fördern[26]). Mithin wird ein, von der Bekanntmachung geweckter, Kläger den Regeln über den Arrestprozeß sich zu unterwerfen haben. Unstatthaft wäre, einem Solchen, der trotz der Bekanntmachung geschwiegen hätte, die im Gesetz v. 1. April 1839 angebotene Hülfe später zu versagen.

7) Wird nach dem Gesetz vom 1. April 1839 verfahren, so möchte es zu den Prozeß-Obliegenheiten des Klägers gehören,

---

23) Emminghaus Pand. des gem. Sächs. R. S. 267.

24) Regier.-Bl. 27. S. auch Nachtrag vom 17. Jan. 1855. Reg.-Bl. S. 17. nebst Erläut. in der Weimar.-Zeitung S. 250.

25) Landt.-Verh. 1847. 1848. Abth. II. S. 163. 345.

26) S. Bluntschli, Staats-R. 1852. S. 302. 413. Brackenhöfft Grundlagen des deutschen. Privr. 1851. S. 38.

Digitized by Google

einen Kosten-Vorschuß[27]) auf Erfordern des Gerichts zu leisten. Ob Kläger dereinst siegen wird, bleibt außer Betracht. Genug, daß auch nicht einmal eine Stundungs-Verpflichtung bezügig dieser Kosten irgend besteht; sie würde bei Constellationen wie im Fall B, leicht 30 Jahre lang wirken können. Wir glauben, daß selbst die Gebühren des für Beklagten zu ernennenden Anwalts unter jene Kosten zu rechnen sind. Es darf für alles Obige wohl hingewiesen werden auf die Analogien, welche theils die bekannte gleiche Vorschuß-Verpflichtung dessen, der Edictalien beantragt, deren temporäres Surrogat jene Anwalts-Aufstellung bildet; und theils die Pflicht der Konkurs-Gläubiger auch für Streitpfleger-Gebühren, sowie Massepfleger-Gebühren in dem Fall, wenn sie bei etwaigen Bedenken des Gerichts bei ihren Gesuchen um gewisse Prozeßschritte beharren, zu haften[28]), — minder nicht die gleiche Verpflichtung Solcher, die Porteur-papiere edictalisiren lassen, — darbieten.

A.

Hat eine Person, welche aus dem Großherzogthume in ein nicht zum deutschen Bunde gehöriges Land ausgewandert ist, eine Ehefrau, eine Verlobte oder einen Verlobten oder Kinder oder Vermögen im Großherzogthume zurückgelassen oder Vermögen daselbst nachher noch erworben[29]): so finden

27) Sportul.-Ges. v. 1853. §. 8. Anmerk. Reg.-Bl. S. 378.

28) Weimar.-Prior.-Ges. v. 1839. §§. 45. 59. Nr. 5. Reg.-Bl. S. 351 fg., Gesetz über Papiere *au porteur* v. 19. April 1833. Reg.-Bl. S. 221. §. 26.; Woch. für R.-Fälle 1851. S. 207. 511, 1853. S. 65.

29) In diese Kategorie gehören Erbschaften, welche der Abwesende durch den curator absentis nach §§. 116. 142. des Weimar. Erbfolge-Ges. v. 6. April 1833. (Reg.-Bl. S. 126) erwerben kann. Ueberliest man die Deduction bei V. Wagner a. a. O. S. 63 fg., in der Neuen Gießer Zeitschrift. Bd. V. S. 397 fg. und bei Fr. Walter Syst. des deutsch. Privr. 1855. S. 105 fg., so wird man ein Ei des Columbus mit Wohlgefallen in obiger Bestimmung wahrnehmen. Unser Sächsisches Princip, wonach niemals der Erbe über die Kräfte der Erbschaft hinaus hafte

Digitized by Google

wider die ausgewanderte Person Klagen wegen Nichtigkeit der Ehe, auf Ehescheidung, auf Auflösung des Ehegelöbnisses, auf Ertheilung oder Ergänzung des älterlichen Konsenses zur Verheirathung und auf Befriedigung aus dem im Lande befindlichen Vermögen des Ausgewanderten vor dem Gerichte des Großherzogthumes, welches vor der Auswanderung zuständig war, nach wie vor Statt, insofern nicht Verträge mit dem Staate, in welchem der Ausgewanderte einen neuen Wohnsitz begründet hat, ein Anderes bestimmen.

Wird in einem der angegebenen Fälle gegen einen Ausgewanderten, welchem ein Beschluß (Dekret) durch unmittelbare Requisition seiner ordentlichen Gerichtsbehörde nicht füglich behändigt werden kann und welcher überdieß einen Bevollmächtigten nicht zurückgelassen oder diesen dem Gerichte seines früheren Wohnortes nicht angezeigt hat, eine statthafte Klage vor einem inländischen Gerichte erhoben: so sind die Ladungen und die sonst in der Sache ergehenden Verfügungen a) wenn die Klage vor Ablauf von fünf Jahren von Zeit der Auswanderung bei Gericht überreicht wird, einem dem Ausgewanderten von Amtswegen zu bestellenden Anwalte zu behändigen, b) wenn die Klage nach Ablauf der genannten Frist erst angestellt wird, durch Ediktalien zu erlassen.

B.

In der Klage, worin A. 200 Rthlr. Darlehn gegen B. geltend macht, wird erwähnt, daß im Depositum des Stadtgerichts Weimar ein Pfandschein über 600 Thlr. liege, die im J. 1828 die Mutter des B. demselben unter Vorbehalt lebenslänglichen Nießbrauchs geschenkt habe und wovon sie die Zinsen noch beziehe; B, welcher vor einiger Zeit, und zwar vor weniger als 5 Jahren, nach Amerika ausgewandert, müße nach dem Gesetz vom 1. April 1839 behandelt, mithin ein Anwalt für

bewirkt freilich, daß jene Bestimmung noch viel mehr dem Rechtsgefühl zusagend erscheint.

Digitized by Google

ihm Gerichtswegen aufgestellt werden. Auf Veranlassung von Seiten des Proceßgerichts, des Kreisgerichts Weimar, zeigte das Stadtgericht Weimar dort an, B. sei bei dem Stadtgericht weder bevormundet, noch sei ein Bevollmächtigter desselben hier bekannt. Ferner hat die Oberpolizeibehörde, auf kreisgerichtliche Erkundigung erwiedert, sie finde in ihren Acten von 1833 bis Johannis 1852 keine Nachricht, daß B. ausgewandert. Nunmehr gab das Kreisgericht an A. ein Decret, daß, da B. im Inlande nach des A. Behauptung nicht anwesend, jedoch auch nach den angestellten Erörterungen dessen Auswanderung nicht nachgewiesen, ihm überlassen bleibe, den von ihm auf Anwalts-Ernennung gerichteten Antrag vielmehr beim Stadtgericht, das für Abwesenheits-Vormundschaften zuständig, zu verfolgen. A. beantragt jetzt: darüber, daß B. ausgewandert, möge das Kreisgericht dessen Mutter, deren Ehemann (B.d. Stiefvater) und des B. ehemaligen Altersvormund vernehmen. Diese drei Personen sagten auch wirklich bei dem Kreisgericht aus: „B. ist 1849 nach Amerika ausgewandert, aus Santa Fe in Mexiko gingen zuletzt Briefe von B. vor einigen Jahren hier ein". Es ward nun von dem Kreisgericht durch ferneres Dekret vom 30. Sept. 1853 dem frühern Dekret inhärirt. Auf A.s Berufung sprach das Appell. Ger. Eisenach durch Rescript vom 14. Nov. 1853 auf Verfügung der Gebühr Rechtens auf die Klage dergestalt, daß das Kreisgericht dem B. einen Anwalt zur Annahme der Ladungen vor Allem zu bestellen habe. Demgemäß ward von dem Kreisgericht zwar der Hofadvokat C. (jener ehemalige Alters-Vormund) als ein solcher Anwalt verpflichtet; aber, nachdem er Richtigkeit (nach der Anschauung, wie sie das Kreisgericht kund gegeben), eingewendet, und eventuell mit Nichtwissen auf die Klage sich eingelassen, auch auf B.s. bei Erborgung der 200 Rthlr. noch nicht beendigte Minderjährigkeit exceptivisch sich bezogen, durch Bescheid vom 6. Juni 1854 die Klage, wie angebracht, (unter Hindeutung darauf, daß A. nur die Wahl zwischen Auswirkung einer cura absentis über B., oder Edictalladung desselben habe), abgewiesen. A. appellirte; das Urtheil von Eisenach v. 30. Sept.

lautete dahin: die Einredeschrift sei ad replic. mitzutheilen und dann erstinstanzlich von dem Kreisgericht wieder zu erkennen. C. hat Oberberufung eingelegt. Indessen kann dem Appell. G. Eisenach nur beigepflichtet werden. Das Kreisgericht stützt seine Ansicht darauf, die ratio des Gesetzes von 1839 gehe dahin, im Großherzogthum auch gegen Solche, die es mit der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht, außerhalb der deutschen Bundesstaaten, worin der ordentliche Rechtsweg gegen sie offensteht, einen Wohnsitz zu begründen, verließen, also eigentlich im Großherzogthum einen Gerichtsstand nicht mehr haben, den betheiligten Unterthanen des Großherzogthums, im Inlande, nach wie vor, Gelegenheit zur Rechtsverfolgung, in den bezeichneten Fällen, zu verschaffen. Diese Möglichkeit wird als vorhanden angesehen, sobald der Abwesende nur als temporär abwesend zu betrachten sei, sobald er seinen Wohnsitz nicht in ein außerdeutsches Land verlegt habe, sobald er nicht ausgewandert sei. Sowohl überhaupt, als der besprochenen Gesetzesbestimmung gegenüber, wird demnach eine Auswanderung aus dem Großherzogthum nur bei Personen angenommen, welche ausdrücklich, oder durch schlüssige Handlungen, die Absicht zu erkennen gegeben haben, außerhalb des Großherzogthums, unter Aufgebung des seither in demselben gehabten Wohnsitzes einen neuen Wohnsitz zu begründen; wäre auch die Abwesenheit eine noch längere, als die des B. Die Klagebehauptung, „daß B. nach Amerika ausgewandert", wird ohne Angabe näherer Umstände, welche auf Aufgeben des Wohnsitzes von Seiten des B. schließen ließen, für zu allgemein erachtet, da der Ausdruck „Auswanderung" ein abstractum sei; zur genauern Begründung des auf Auswanderung gestellten Klagegrundes wird entweder die Behauptung der bei der Polizeibehörde erwirkten Auswanderungs-Erlaubniß in der Klage, oder die Angabe solcher Umstände, welche sonst auf die Absicht der Auswanderung trifftig schließen lassen, in der Klage verlangt, schon deßhalb, weil dadurch allein zugleich der Antrag auf Einleitung des im Gesetz vom 1. April 1839 geordneten Verfahrens

Digitized by Google

schlüßig begründet werde. Das Erkenntniß zweiter Instanz[30]) geht davon aus, daß, wenn auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche das Auswandern aus einem Lande durch die Aufgebung des darin gehabten Wohnsitzes bedingt sei, doch in der Behauptung, daß Jemand ausgewandert sei, von selbst die Behauptung liege, daß er seinen bisherigen Wohnsitz aufgegeben habe, oder vielmehr, daß beide Ausdrücke Bezeichnungen desselben Begriffs seien, daher es dem Kläger nicht zum Vorwurf gereichen könne, wenn er sich des im Gesetz selbst gewählten Wortes bedient habe. Es wird keineswegs als durch das Gesetz erfordert angesehen, daß der Ausgewanderte schon irgendwo einen festen Wohnsitz genommen habe, und die Erwähnung auch solcher Ausgewanderter am Schluße des ersten Absatzes wird dadurch erklärt, daß die Staatsverträge, welche eine Ausnahme von der Bestimmung des Gesetzes begründen können, eben nur solche Auswanderer zum Gegenstande haben könnten, welche durch Begründung eines festen Wohnsitzes schon Angehörige des andern Staats geworden seien, nicht solche, welche sich darin nur zeitweise, bald an dem, bald an jenem Orte, aufhalten. Zuvörderst ist nun aber, — so entwickelt das O.A.Gericht seine eigene Ansicht, — davon auszugehen, daß nach gemeinem sowohl, als Sächsischem Processe bei solchen Abwesenden, welche sich temporär von ihrem Wohnsitze entfernt haben, und deren Aufenthalt unbekannt ist, wenn sie vor einem Gerichte, bei dem sie vor ihrer Entfernung Recht zu nehmen hatten, verklagt wurden, Edictalladung zulässig ist: S. Haase über Edictallad. S. 11 fg. Insonders kann sie gegen Vagabunden stattfinden, welche weder an dem Orte, wo sie belangt worden sind, noch auch an irgend einem andern Orte einen gewissen und beständigen Aufenthalt haben. Geht man von jener Zulässigkeit der Edictalladung gegen temporär Abwesende, deren Aufenthalt unbekannt ist, aus, so wird auch der Begriff der Auswanderung, wie er im Gesetz vom 1. April 1839

30) Es ließ die oben bei Nr. 1. erzählten historischen Momente nur als legis occasio gelten.

Digitized by Google

genommen ist, sich genauer bestimmen lassen. Wollte man das Gesetz auf solche Ausgewanderte aus dem Kreisgericht beschränken, welche entweder mit landespolizeilicher Erlaubniß ausgewandert, oder ohne dieselbe aus dem Großherzogthum mit der Absicht weggegangen sind, sich anderwärts einen neuen Wohnsitz zu begründen, so würden deren Gläubiger, welchen doch entschieden das Gesetz die Rechtverfolgung im Innlande, in welchem sich noch Vermögen des Abwesenden befindet, hat möglich machen wollen, viel übler daran sein, als bei blos temporär Abwesenden, deren Aufenthalt unbekannt ist, und bei denen nach dem Obigen sofort mit der Edictalladung vorgeschritten werden könnte. Schon dies deutet darauf hin, daß der im Gesetz gebrauchte Ausdruck: „Auswanderung" hier in einem weitern Sinne genommen werden müsse, nämlich für längere Entfernung aus dem Großherzogthum, wobei es von den Umständen abhängt, ob die Absicht, sich einen andern Wohnsitz außerhalb desselben in einem nicht deutschen Lande zu begründen, erkennbar sei, das Gesetz aber keineswegs voraussetzt, daß der sich Entfernende sich wirklich schon ein neues Domicil begründet haben müsse. Ob diese Absicht vorhanden sei, kann sich, wenn eine ausdrückliche Auswanderungs-Erlaubniß nicht erlangt worden ist, nur aus den Umständen des concreten Falls ergeben; diese Umstände sind aber im vorliegenden Fall, wenn man auch den Begriff Auswanderung in der Beschränkung, wie das Kreisgericht annehmen wollte, von der Art, daß nach den vorliegenden Ermittelungen eine nähere Substantirung der Klage in dieser Beziehung überflüssig erscheint.

Allein man muß von jenem beschränkten Begriff der Auswanderung ganz abstrahiren. Das Gesetz hat überhaupt Rechtshülfe gegen Abwesende, deren Aufenthalt unbekannt ist, gewähren wollen. Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen ist hier ohne Unter-

31) Wir bestreiten pro concreto dies nicht. Allein nicht selten möchte bei jungen Personen das Aufsuchen der andern Hemisphäre vorkommen, ohne daß vor Ergreifung des Wanderstabes in ihrem Innern die Wahl, ob Wandern, ob Auswandern? zur Frage, geschweige zur Reife, gediehen wäre.

Digitized by Google

schied der längern oder kürzern Dauer der Abwesenheit Edictalladung zulässig; das Landesgesetz will die Bedingungen, welche das gemeine Recht hier bietet, nicht erschweren, sondern blos den Zeitpunkt, mit welchem Edictalladung erlassen werden kann, feststellen; solche läßt es erst nach Ablauf von 5 Jahren seit der Entfernung zu; vor dieser Zeit soll dem Beklagten ein Officialanwalt bestellt werden, dessen Function, abgesehen von der Annahme der in der Sache ergehenden Dekrete, und von der Vertretung des Beklagten im Processe, wahrscheinlich auch noch auf Ausmittelung des Aufenthaltsorts des Beklagten, Verschaffung der Instruction u. s. w. sich bezieht.

Digitized by Google

XIII.

Ueber Surrogate im Civilrecht.

Von

Herrn Oberapellationsrath **Dr. Lauk** in München.

Bei der Mehrzahl der Juristen der früheren Zeit findet man als eine allgemeine Regel des Rechtes vorgetragen, daß Surrogate an die Stelle des Dinges, dem sie surrogirt sind, (des ursprünglichen Gegenstandes) treten. Wir nennen statt vieler

Mevius Dec. P. I. dec. 17. Nr. 1. P. V. dec. 55. Nr. 7. P. VII. dec. 2. Nr. 4.

Gail obs. pract. Lib. II. obs. CII. Nr. 6. obs. CXLVIII. und von den neueren

Thibaut Pand. 8. Ausg. §. 175.

In den Gesetzen selbst ist diese Regel als solche nicht ausgesprochen, sondern sie ist nur aus den Quellen abstrahirt, ein Verfahren, gegen welches Mühlenbruch im Arch. für civ. Praxis Bd. XVII. S. 338 mit der Bemerkung warnt, „daß die Neueren, zumal die Deutschen, viel zu sehr zu Abstraktionen neigen und dann wieder zu folgerechten Schlüssen aus den durch Abstraktion gewonnenen allgemeinen Regeln, wobei man leicht von einem Irrthum in den andern fällt, wenn einmal das rechte Maaß überschritten ist". Indessen gab es auch schon unter den ältern Juristen viele, welche die gedachte Regel be=

Digitized by Google

schränkten, so insbesondere *Carpzovius* definitiones forenses, welcher P. II. const. XII. def. 1. Nr. 4 und 5 der Regel: „res, quae surrogatur in locum alterius, est ejusdem effectus cum re illa, in cujus locum surrogatur", beifügt, „nisi ratio diversa appareat surrogati et principalis, aliudque in uno specialiter expressum, quod in alio dispositum non est"; und P. III. const. XXIII. def. 30. Nr. 9 und 10 lehrt: „argumentum surrogatum sapit naturam surrogati ex diversitate surrogati refellitur".

P. III. const. XXX. def. 1. Nr. 10. „nunquam in *particularibus* surrogatum in locum succedit".

Freih. von *Kreittmayer* in den Anmerk. zum bayer. L. R. Th. V. cap. XVIII. §. 5. lit. l. sagt: „Das axioma: surrogatum sapit naturam surrogati geht nur an in rebus universalibus seu hereditatis, aut genericis et fungibilibus, nicht aber in rebus singularibus, specificis aut diversis" und §. LXII Nr. 8 lit. m. „Eigenthümliche Güter, welche nur mittelst Verkauf oder Vertauschung der lehnbaren Stücke beigeschafft worden sind, werden dadurch eben nicht für inkorporirt gehalten, denn wie wir schon oben §. V. lit. l. bemerkt haben geht das axioma, quod surrogatum succedit in locum surrogati, in dergleichen Sachen nicht an".

Hasse im Archiv für civ. Prax. B. V. S. 1 ff. und
Mühlenbruch ebend. Bd. XVII. S. 321 ff.
haben vorzugsweise die Regel bekämpft: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei[1]), und in den neueren Lehrbüchern findet sich die anfangs gedachte Regel nicht mehr.

V. Vangerow Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen Bd. I. S. 88. Anm.

---

1) Die Abhandlung über subrogation de chose in *Merlin* répertoire universel et raisonné de jurisprudence quat. edit. T. XIII. p. bezieht sich vorzugsweise auf diese Regel, die keinen speziellen Gegenstand unserer Erörterung bildet, und befaßt sich zumeist mit dem älteren französischen Recht. Die Abhandlung von Bechmann vielmehr Stückrad de surrogatione. Jenae. 1674. 4to ist ungenügend.

Digitized by Google

Mühlenbruch, Lehrb. des Pandekten-Rechtes. 4. Ausg. II. Bd. S. 21.

Puchta Pandekten 2. Ausg. S. 47. Not. d.

Derselbe, Cursus der Institutionen II. Bd. S. 394 Not. l.; vielmehr wird sie als solche bestritten;

Schweppe das röm. Priv. Recht edit. IV. Bd. I. §. 93.

Seuffert prakt. Pandektenrecht. 3. Aufl. §. 62. Note 5.

Geht man nun die einzelnen Gesetze durch, auf welche jene Regel gegründet werden will, so wird man darin zum Theil etwas ganz anderes ausgesprochen finden, als den an den Eingang dieser Abhandlung gestellten Satz.

Es werden folgende Stellen von *Mevius* und *Gail* a. a. O. für jene Regel citirt.

1) L. 10. §. 2. D. si quis caut. (2, 11).

„Qui injuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus judicio sistat; commissa stipulatione mortuus est: non competere heredi ejus ex stipulatu actionem placuit: quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur: injuriarum autem actio heredi non competit".

Dazu macht die Glosse die Bemerkung:

„actionem, quae in locum alterius subrogatur, ejusdem esse potestatis et effectus cujus est illa, in cujus locum subrogatur".

Allein zwischen der actio ex stipulatu und der actio injuriarum findet nicht das Verhältniß wie zwischen Surrogat und Surrogirtem, sondern wie zwischen accessorium oder praeparatorium und principale statt.

2) L. 95. D. de legat. I (30).

„Videndum est, numquid si vice operarum rogaverit eum aliquid, debeat hoc fideicommissum valere? quod nequaquam dicendum est: quia nec operae imponi hujusmodi liberto possunt, nec impositae exiguntur, quamvis testator ita caverit".

Allein auch aus dieser Gesetzesstelle ergibt sich jene Regel nicht. Sie steht im Zusammenhange mit §. 3. der vorhergehenden lex, worin der Satz ausgesprochen ist, „qui testamento manu-

Digitized by Google

mittitur et neque legatum, neque hereditatem capit, fideicommissum praestare cogendus non est".

Davon ist nur in L. 95. der Folgesatz enthalten, und diese stellt also nichts weniger als die Regel auf: surrogatum sapit naturam surrogati, sondern vielmehr jene, daß das Allgemeine das Besondere in sich begreife.

3) L. 28. §. 1. D. de jure jurando (12, 2).

„Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit. A fidejussore exactum jusjurandum, prodesse etiam reo, Cassius et Julianus ajunt: *nam quod in locum solutionis succedit, hoc quoque eodem loco habendum est*[2]); si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona jurantis agitur".

Hier ist aber gar keine Rede von Sachen, also auch nicht von dem Verhältnisse zwischen Surrogat und Surrogirtem, sondern von dem Einflusse, den die Vertheidigungsmittel des Hauptschuldners für die Bürgen haben und umgekehrt, dann von dem Verhältniß des Eides zur Zahlung, vielmehr der Gleichstellung beider in Bezug auf die Tilgung der Obligation.

4) L. 36. §. 1. L. 58. pr. D. de don. inter vir. et uxor. (24, 1).

„Sponsus alienum annulum sponsae muneri misit, et post nuptias pro eo suum dedit. Quidam et Nerva putant, fieri eum mulieris: quia *tunc* factam donationem confirmare videtur, non *novam* inchoare; quam sententiam veram esse accepi".

„Si praedia et mancipia Sejae data, effecta sint ejus tempore *concubinatus*, ac postea tempore *matrimonii aliis* acceptis reddita sunt: quid juris est? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, negotium potius gestum videri, quam donationem intervenisse".

Allein wie schon die Glosse bemerkt, und auch Hasse a. a. O. S. 17 erinnert, ist hier nur eine *permutatio* in Frage, und eben darum der Begriff einer Schenkung ausgeschlossen.

2) Einige Ausgaben lesen statt „quod" *quia* und statt „hoc" *hic*. Der Sinn wird dadurch nicht geändert.

Digitized by Google

V. Savigny System des heut. röm. Rechtes. Bd. IV. S. 18. 57.
und das war die von den Juristen zu lösende Frage: ob in den gegebenen Fällen der Begriff einer Schenkung vorhanden sei, oder nicht.

5) L. 28. §. 1. D. de cond. et demonstr. (35, 1).

„*Attia uxor mea optato Philargyrum puerum, Agatheam ancillam, qui mei erunt, cum moriar.* Is, qui testamentum fecit, Agatheam, quam testamenti tempore habuit, vendidit, et postea ancillas emit: ex his uni Agatheae nomen imposuit. Quaesitum est, an haec legata videretur? Respondit, legatam videri“.

Hier aber ist nicht jene Rechtsregel der Grund der Entscheidung, sondern der Umstand, daß sich zur Zeit des Todes eine Agathea unter den Sklavinnen des Testators befand, sohin die Worte des Legates auf diese gingen.

6) L. 24. D. de mort. causa don. (39, 6).

„Quod debitori acceptum factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici: namque acceptilatione interveniente abitum ab jure pristinae obligationis, eamque in *hujus condictionis*[3]) transfusam“.

Hier ist von einer Umwandlung der früheren Obligation die Rede, und ausgesprochen, daß in Folge dieser Umwandlung das Rechtsverhältniß nicht mehr nach der früheren Obligation beurtheilt werden könne; es enthält also dieses Gesetz vielmehr das Gegentheil von der in Frage stehenden Regel.

7) L. 18. §. 1. D. de const. pec. (13, 5).

„Quod adjicitur, *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse,* interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum, cum constitueretur, nunc

3) Andere Ausgaben (z. B. Beck) lesen statt „hujus condictionis“ *hujusmodi conditionem*; so auch die Glosse, sie bemerkt aber als Variante „hujusmodi condi*tionis*“. Die deutsche Uebersetzung legt die Lesart condictionis zu Grund. *Schulting* ist in den notae ad Digesta für eben diese Lesart.

Digitized by Google

non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert".

„Proinde temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur".

Hier ist ausgesprochen, daß es genüge, um die Rechtsverbindlichkeit aus dem constitutum selbst über die Dauer der ursprünglichen Schuld hinaus zu begründen, wenn nur eine obwohl auf eine gewisse Zeit beschränkte Schuld zur Zeit des constitutum vorhanden war; die fragliche Regel kann in dem vorliegenden Gesetze um so weniger gefunden werden, als dasselbe vielmehr gerade ersehen läßt, daß das constitutum ein neues Rechtsverhältniß begründet, (Puchta Pand. edit. II. §. 255) von einer Surrogirung sohin ohnedies keine Rede ist.

8) Cap. 3 X. ut lite pend. (2, 16).

„Prohibemus, ne possessiones, *quae successerunt* in locum et jus illarum, quas ab Joanne de Ateia ecclesia St. Mariae petierat, in monasterium vestrum ab eodem Joanne lite pendente translatas, alienare interim praesumatis: ut si ecclesia S. Mariae de vitio litigiosi contractus vel de proprietate voluerit experiri, ne, *si obtinuerit in judicio, in vanum laboret, monasterio vestro minime possidente, sit, quod evincere valeat et habere*".

Als Entscheidungsgrund für das Veräußerungsverbot gibt der Papst nicht die fragliche Rechtsregel, sondern die Gefahr des Mangels eines Executionsobjektes an.

Aus keinem einzigen der für die angebliche Rechtsregel angeführten Gesetze läßt sich solche ableiten, es sind aber außer den bereits hierfür in Bezug genommenen, l. 24. de mort. causa donat. (39, 6) und l. 18. §. 1. D. de const. pec. (13, 5) bestimmte Gesetze da, welche die Anwendung der mehrgedachten Regel geradezu ausschließen, nämlich

Digitized by Google

a) L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign. (20, 4).

„Si tibi, *quae habiturus sum*, obligaverim, et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenerit*, mox dominium ejus adquisiero: putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit: *quippe cum res ex nummis pigneratis empta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat*“.

b) L. 6. Cod. de rei vind. (3, 32).

„Si ex ea pecunia, quam deposueras, is, apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparaverit, ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi, vel quasdam ex his compensationis causa ab invito eo in te transferri, injuriosum est“.

c) L. 12. C. de jure dot. (5, 12).

„Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem empti possit acquirere, at dotis tantum actio tibi competit“.

Die mehrerwähnte Rechtsregel ist somit in dem röm. und kanonischen Rechte nicht begründet.

Auch in dem longobardischen Lehenrechte kommt eine der gedachten Regel geradezu entgegengesetzte Entscheidung vor.

II. Feud. 26. §. si vasallus:

„Si vasallus de beneficio suo agat, vel conveniatur: sive obtineat, sive non (licet ignorante domino fiat) omni tempore firmum erit illud judicium. Nam et transigere recte poterit, *nec quod accepit transactionis nomine feudum erit*“.

Die im Eingang berührte Regel ist auch nicht in der Natur der Sache begründet; denn was

1) die dinglichen Rechte betrifft, so folgt, wie Thibaut, der übrigens, was bereits erwähnt, in seinem System des Pandektenrechts die Regel ohne Begründung durch ein Gesetz aufstellt, in dem Lehrbuch des französischen Civilrechts[4]) richtig bemerkt, aus dem Satz, daß eine Sache dem A. gehört, nur,

4) S. 80.

daß diese Sache dem A. verbleiben muß, nicht aber, daß ihm zufalle, was B. an anderen Sachen sich dafür angeschafft hat. Was aber

2) die Obligationen betrifft, so ist der Schuldner verpflichtet, die schuldige Leistung, so zu erfüllen, wie sie versprochen ist, und der Gläubiger braucht sich nicht anstatt jener den Werth derselben gefallen zu lassen. Selbst wenn die versprochene Leistung in einer persönlichen Thätigkeit oder Unterlassung des Schuldners besteht, wird dieser zur Naturalleistung verurtheilt, und erst, wenn die direkte Vollziehung erfolglos ist, tritt Ersatz in Geld an die Stelle, ebenso wie der Schuldner, wenn durch seine Schuld die Erfüllung der versprochenen Leistung unmöglich gemacht oder werthlos geworden ist, das Interesse in Geld vergüten muß. Nur unter dieser Voraussetzung und mit dieser Beschränkung gilt also der von Zachariä[5]) zur Unterstützung der Regel angeführte Satz, daß die äußeren Gegenstände nicht als solche, sondern nur inwieferne sie überhaupt einen Werth haben, also zu Geld angeschlagen werden können, Gegenstände des Vermögens sind. In seiner Allgemeinheit ist er geradezu falsch und verstößt gegen den Begriff des Rechts (im subjectiven Sinne) als einer durch das Recht (im objectiven Sinne) begründeten Herrschaft des Willens einer Person in Ansehung eines bestimmten Gegenstandes.

An die vorstehende Darstellung der Bestimmungen des gemeinen Rechtes, reihen wir eine kurze Darlegung zweier Rechtsfälle, in welchen die im Eingang erwähnte Regel geltend gemacht werden wollte.

1) Aus dem Umstande, daß bei jedem Veränderungsfalle, der sich rücksichtlich eines handlohnbaren Gutes ergab, der das Gut treffende Nutzungsantheil an den unvertheilten Gemeindegründen — das s. g. Gemeinderecht mit zur Laudemialschätzung gezogen und verhandlohnt wurde, wollte das

5) Handb. des franz. Civilrechts. 5. Aufl. herausg. von Anschütz Heidelberg. 1853. III. Bd. S. 442.

Digitized by Google

Recht abgeleitet werden, auch von den vertheilten Gemeindegründen — den s. g. Gemeindetheilen — Handlohn zu beziehen, und wurde sich hierfür darauf berufen, daß das Surrogat (der Gemeindetheil) an die Stelle des ursprünglichen Rechtsgegenstandes (des Gemeinderechtes) trete. Diese Regel würde jedoch, zufolge obiger Ausführung als in der Allgemeinheit an sich und insbesondere für Fälle der vorliegenden Art, wo zwischen dem Surrogate und dem ursprünglichen Rechtsgegenstande wesentliche Verschiedenheiten eintreten, nicht begründet, verworfen.

Durch Plenarbeschluß des Oberappellationsgerichtes des Königreiches Bayern vom 24. März 1846 die Handlohnbarkeit vertheilten Gemeindegründe in dem ehemaligen Fürstenthume Bamberg btr.[6]).

2) A. trat gegen B., als Besitzer eines Landgutes, mit der konfessorischen Klage auf, und nahm für sein Rittergut eine jährliche Abgabe von 12 Fl. als auf dem Gute des B. haftend in Anspruch. Es kam ein Vergleich zwischen den beiden Parteien zu Stand, vermöge dessen B. die jährliche Abgabe zu 12 Fl. als dingliche Last seines Gutes anerkannte und zu deren künftiger Entrichtung sich verbindlich machte. A. versprach dem B. in demselben Vergleich ein Honorar „für die Kosten und Weitläufigkeiten". Ehe dieses Honorar entrichtet wurde, gerieth B. in Concurs, sein Landgut wurde dem Gläubiger C. adjudicirt, welcher nun den noch ausstehenden Rest des Honorars für sich in Anspruch nahm, weil derselbe als ein Aequivalent für die jährliche Belastung des Gutes sich darstelle und daher dem, welcher die Last trage, d. h. ihm als Besitzer des letzteren gebühre. Dieser Anspruch wurde jedoch als unbegründet zurückgewiesen, weil das fragliche Honorar nicht nur factisch nicht als ein Aequivalent der jährlichen Abgabe sich darstelle, sondern auch deßhalb, weil die Regel, daß Surrogate an die Stelle des Dinges treten, dem sie surrogirt sind, und dessen Natur annehmen, nicht haltbar sei.

6) Der Plenarbeschluß ist abgedruckt in dem k. bayer. Regierungsblatt vom J. 1846 Nr. 11. S. 211—216, und im Auszuge mitgetheilt in Seuffert's Arch. Bd. 1. Nr. 23.

Digitized by Google

Erk. des O.A.Gerichts zu München vom 27. Juli 1855. N. R. 1330. ⅓.

Schließlich glauben wir noch über das Verhalten der neueren Gesetzgebungen bezüglich obiger Regel in Kürze berichten zu müssen.

Das französische Gesetzbuch kennt dieselbe nicht, ja nicht einmal die speciellere Regel: in judiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, wiewohl letztere mehreren besonderen Vorschriften des Gesetzbuches zum Grunde liegt. Vgl. Art. 132. 1066. 1067. 1407. 1434. 1435.

Die deutschen Schriftsteller z. B. Brauer[7]) und Zachariä[8]) haben sich meistens für die letzgedachte Regel ausgesprochen, während die französischen Gerichte dieselben im Allgemeinen verwerfen, als in keinem Texte des Gesetzes als solche begründet, indem alle Fiktionen strenge zu nehmen seien und nur durch eine bestimmte Vorschrift des Gesetzes oder durch das Gesetz autorisirter Verträge aufgestellt werden könnten[9]).

Dem preußischen Landrecht ist die Regel gleichfalls fremd; nur verordnet Th. I. Tit. 17. §. 357, daß, wenn bei Auseinandersetzung gemeinschaftlich benützter Grundstücke einzelne zu einem belasteten Gute gehörige Grundstücke gegen andere ausgetauscht worden, letztere in Rücksicht auf öffentliche und gemeine Lasten ingleichen andere Privatansprüche an die Stelle der ersten treten. Im Uebrigen wird die Regel res succedit etc. im Preuß. Recht nicht anerkannt und die Schriftsteller haben sich gegen die analoge Anwendung der Ausnahme erklärt[10]).

Auch das östreichische Gesetzbuch erwähnt der Regel bei Aufstellung des Begriffes einer Gesammtsache in §. 302. nicht, und die Schriftsteller erklären sich gleichfalls gegen dieselbe[11]).

---

7) Erläuterungen über den Code Napoleon. Karlsruhe 1810. V. Bd. S. 107.

8) A. a. O. S. 412. Anders Thibaut a. a. O.

9) *Sirey* recueil général des lois et des arrêts T. XXXIV. S. 2. S. 367. T. XXX. S. 2. S. 248. T. XXXI. 1. S. 291.

10) Koch Lehrb. des preuß. gem. Privatrechts I. Bd. S. 219. Schröter Lehrb. des allg. Landr. Bd. I. S. 84.

11) Das allg. bürgerliche Gesetzbuch Oestreichs erläutert von Stubenrauch Bd. I. S. 623.

Digitized by Google

XIV.

Das Institut des bäuerlichen Gutsanschlags und des damit verwebten Auszugs (Leibgedings, Altentheils) im Spiegel der Praxis der Gerichtshöfe im Großherzogthum Hessen, besonders des obersten Tribunals.

Darlegung

von

Herrn Advokat **Bopp** in Darmstadt.

Ein Veteran des deutschen Richterstandes, **Bolley**, Präsident des obersten Gerichts für das Königreich Württemberg, leitet seine im Jahr 1844 erschienene Schrift: „**Ueber Vermögensübergaben und Gutsabtretungen: Anträge zu einem umfassenden Gesetze über diesen hochwichtigen Gegenstand mit deren Begründung**" damit ein, daß er (Vorwort) sagt: „Es gibt keine Art von Rechtsgeschäften der willkührlichen Gerichtsbarkeit, welche häufiger vorkommen, an sich und in ihren Folgen wichtiger sind, und wobei zugleich schwierigere und zweifelhaftere Fragen eintreten, als die auf dem Titel bezeichneten". Der Verfasser redet, was daraus erhellt, daß er sofort hervorhebt, das Württembergische Landrecht habe „für solche Rechtsgeschäfte" keine Norm gegeben, von seiner schwäbischen Heimath. Allein dieselbe Bemerkung läßt sich auch auf andere deutsche Staaten anwenden, so namentlich auf den gleichfalls südwestdeutschen Staat, der meine Heimath ist, auf Hessen bei Rhein.

Digitized by Google

Auch im Großherzogthum Hessen herrscht seit unvordenklicher Zeit das so wichtige Institut des älterlichen Gutsanschlags mit dem damit verzweigten des Auszugs (Leibgedings, Alten-theils)[1]). Die darin geltenden Landrechte schweigen gleichfalls von ihm[2]) und die Partikulargesetzgebung ist sehr dürftig. Eine althessische Verordnung v. J. 1711 beschränkt sich auf die vage Vorschrift: „daß von nun an kein Unterthan, welcher noch rüstig ist und die Haushaltung selbsten zu führen vermag, vor dem sechzigsten Jahr ohne vorher erlangten Consens die Güter seinen Kindern zu übergeben Macht haben solle". Eine Verordnung vom Jahr 1713[3]) geht ebenfalls von der Wahrnehmung aus: „Daß Eltern ihren Kindern zu frühzeitig die Güter übergeben und sich einen Auszug reserviren, dadurch nachgehends allerhand Mißverständer, Ruin unserer Unterthanen, auch Vervortheilung der andern Kinder entstehen", und schreibt zur Fernhaltung solcher Nachtheile im Wesentlichen vor, daß der Bestätigung solcher Verträge eine sorgfältige Sachuntersuchung, unter Zugrundlegung einer genauen Abschätzung des Guts, sowie der Leibgedings-Leistungen und unter Zuziehung der Kinder, der nächsten Verwandten und beeidigter Ortsvorstandspersonen vorangehen solle, damit die allseitigen Interessen gewahrt würden[4]).

---

1) In Frankreich wo dasselbe Institut bestand, hieß es demission de biens. Muncke, Vorträge zur Einleit. in das Studium des badischen bürgerlichen Rechts. Mannh. 1845, S. 237.

2) Blos das Pfälzische Landrecht enthält im Titel: „Von Uebergaben und Schankungen" Einiges von „Uebergabungen zwischen Eltern und Kindern".

3) Auch abgedruckt im vierten Theil der Sammlung auserlesener deutscher Landesgesetze, herausgegeben von Bergius, Frankf. 1783, S. 2—4 s. v. Auszüge.

Das Contractenreglement v. J. 1769 (resp. 1770) weist im §. 16. „die Oberbeamten und Amtsschreiber" an, die Verordnung „von 1713 wegen Uebergabe der Güter von Eltern an Kinder gegen Auszug besonders in den Aemtern, wo Letzteres wegen der Huben- und Stammgüter fast allgemein ist, genau zu observiren".

4) W. Jangen, Beiträge zum deutschen Recht, Bd. II, Gießen 1792. S. 271 rc. Geran, über die richterliche Bestätigung der Erwerbs-

Digitized by Google

Je weniger sich der Gesetzgeber mit einem so wichtigen Institut beschäftigte, desto mehr beschäftigte es die Rechtsprechung.

Pfeiffer erwarb sich das Verdienst, daß er durch seine Ausarbeitung im vierten Band seines Werks: Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Han. 1836.

Von den durch die deutschrechtliche Gutsabtretung (Güteransatz) begründeten Rechten und Verbindlichkeiten, insonderheit von dem elterlichen Auszuge oder der Leibzucht.

sowie durch seinen „Nachtrag" dazu im achten Band (1846) desselben Werks:

Revision der Lehre von der deutschrechtlichen Gutsabtretung, mit besonderer Rücksicht auf neuere Anwendungsfälle.

die Praxis des obersten Gerichtshofs des Kurhessischen Staats darlegte. Ein gleiches Verdienst hat sich bis jetzt kein wissenschaftlicher Praktiker des stammverwandten Großherzogthums in Bezug auf die Rechtsübung des höchsten Tribunals dieses Staats erworben, obgleich diese Lücke in der partikularrechtlichen Literatur schon längst gefühlt wurde [5]).

---

titel des Eigenthums und Pfandrechts an Immobilien, Gieß. 1854, §. 39: Uebertragung von Bauerngütern durch Gutsanschlag, S. 157, 158.

Ueberhaupt Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen, Thl. 2. Erl. 1821, §. 219, S. 217—222, Claproth, von Eingehung der Verträge, 3. Aufl. Gött. 1786, Th. 2. Tit. 20, S. 1036—1060.

5) Ich könnte die Bemerkung adoptiren, womit eine Darstellung im XVIII. Band der Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg, Ludwigsb. 1852. Ueber Vermögensübergaben und Gutsabtretungen ꝛc. eingeleitet wird: Auffallend ist, daß die Württembergischen Sammlungen von Rechtsfällen und Abhandlungen so wenig hierüber enthalten. Denn daß Rechtsstreitigkeiten, welche solche Rechtsgeschäfte betreffen, oder doch darauf sich beziehen, nicht zu den Seltenheiten gehören, ist bekannt. Es ist auch gerade die Behandlung von Rechtsfällen vorzugsweise geeignet, Licht in diese Materie zu bringen, weil die hierbei vorliegenden Schwierigkeiten hauptsächlich in der Anwendung der Rechtsgrundsätze auf den concreten Fall gelegen und die Verschiedenheit der diesen Rechtsgeschäften zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse von dem wesentlichsten Einflusse auf die sich hierbei ergebenden Zweifelfragen sind.

Digitized by Google

Um diese Lücke auszufüllen, bedarf es indessen eines Aufwandes von Kräften und Mitteln, der mir nicht zu Gebote steht. Ich muß mich auf die Mission eines Vorläufers beschränken, darauf, die Bausteine zur Aufrichtung des Werks herbeiführen zu helfen.

In dem Archive des Oberappellationsgerichts in Darmstadt ruht ein sehr reichhaltiges Material zur Darstellung der Praxis desselben in Bezug auf das Institut, welchem gegenwärtiger Beitrag gewidmet ist. Der, welchem gestattet wäre, dasselbe zu benutzen und zu gestalten, würde die Literatur ebenso bereichern, wie sie Pfeiffer bereicherte. Mir war nur vergönnt, zerstreute Glieder zu sammeln, aus denen ich keine volle Gestalt bilden konnte. Ich konnte nur Stoff zur Darstellung einzelner Rechtsfälle sammeln, die ich hiermit zusammenstelle, indem ich mir vorbehalte, diese Sammlung zu vermehren, wenn die Umstände mir günstig sind. Man ist geneigter, dem, welcher begonnen hat, zu unterstützen *). Der Wunsch, daß das begonnene vollendet wird, ist dann thätig.

In einem Anhange und anmerkend habe ich die Rechtssprechung der Mittelgerichte überblickt.

Uebersicht: I. Die Frage, ob der Auszug, im Fall des Ablebens eines der denselben beziehenden Eltern, zur Hälfte heimfällt? (Zwei Rechtsfälle). II. Der Auszug eine Reallast. III. Das Vorzugsrecht des Auszugs im Concurse. IV. Umfang des Einsitzrechts des Gutsübergebers (Zwei Rechtsfälle). V. Umfang des Einsitzrechts der Geschwister des Gutsübernehmers. VI. Gutsanschlag in der Form des Mitbaus.

Anhang. I. Vermiethung der Wohnung, die Gegenstände des Einsitzrechts. II. Verbindlichkeit des Gutsübernehmers zur Zahlung der Schulden des Abtretenden. III. Das Leibgeding als Gegenstand der Hülfsvollstreckung.

---

*) S. die Bemerkung der Redaction am Schlusse dieser Darstellung. Die Red.

Digitized by Google

I.

Die Frage, ob der Auszug, im Fall des Ablebens eines der denselben beziehenden Eltern, zur Hälfte heimfällt?

Zu den vielen Streitfragen auf dem Gebiete der Lehre, von welcher hier gehandelt wird, gehört auch die Frage: ob ceteris paribus das vorbehaltene Leibgeding der Eltern nach dem Ableben des einen Elterntheils (im Fall der Theilbarkeit) von dem Ueberlebenden ungeschmälert fortbezogen wird [6])?

Zu den Rechtslehrern, welche die Frage verneinen, gehört Pfeiffer a. a. O. Th. 4, S. 136, Th. 8, S. 325—327. Der Verfasser meint, der Satz, daß die für beide Ehegatten vorbehaltene Leibzucht denselben nicht solidarisch, sondern einem jeden zu seinem Antheil zustehe, folge (wenn nichts Anderes verabredet worden) schon aus der bei der Fixirung der Leibzucht wesentlich einwirkenden Rücksicht, auf das Bedürfniß des Leibzüchters. Auf gleicher Seite steht Thierfeld: Der Leibzuchtscontract, oder die Rechte und Pflichten der Auszügler im Königreiche Sachsen, Leipzig 1827, §. 18, S. 36, und Runde: Die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Alten-theile auf deutschen Bauerngütern. Oldenb. 1805, Th. 2. §. 80, indem der Verfasser davon ausgeht, daß unter mehreren zugleich berechtigten Personen bei Anordnung des Altertheils der Anspruch eines jeden besonders gewürdigt werde, mithin eigentlich ein jeder eine besondere Leibzucht erhalte, wenn gleich die für Mehrere ausgelobten Vortheile gewöhnlich zusammen angesetzt würden. Auf derselben Seite steht weiter Buddeus in seinem Artikel: „Auszug" im ersten Band des Rechtslexicons, Leipz. 1839, S. 528, aus dem Grund, weil von einem Anwachsungsrecht keine Rede sein könne, indem eine analoge Anwendung des römischen Rechts vom Usufruct bei diesem reindeutschen

6) Die Lehrbücher, namentlich Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht; Gerber, System des deutsch. Privatrechts; Bluntschli, deutsches Privatrecht, berühren die Frage nicht.

Institute um so weniger statthaft sei, als es sich hier von einem Geschäft unter Lebenden handle, bei dem auch nach römischem Recht kein Anwachsungsrecht eintrete, Mittermaier: Grundsätze des deutschen Privatrechts, 5. Ausg., §. 291. und Puchta: Ueber die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung überhaupt und mit Altentheilsbestellung besonders, Gießen 1837, S. 36, 93. Schon *Moeller*, Dissertatio de adsignatione bonorum parentali cuidam liberorum facta, vulgo vom Anschlage der Güter, itemque de reservato, vom Auszug der Eltern. Marb. 1764, §. XLIII: *Num post mortem unius parentis ad alterum superstitem integrum reservatum pertineat?* erachtete es für billig, daß die Hälfte des Auszugs dem Verpflichteten heimfalle, indem er jedoch hervorhob, daß im Fall eines außerordentlichen Bedürfnisses des Berechtigten die Billigkeit ihm ein Mehreres zuspreche und der Richter ihr Rechnung zu tragen habe.

Für die Bejahung der Frage stimmt Zachariä: Liber quaestionum. Wittenb. 1805, Quaest. XXI: *de reservato rustico* (vom Auszug der Bauern) §. 2, indem er vom Gesichtspunkt eines Anwachsungsrechts ausgeht, sowie Hänsel: Die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht, Leipz. 1834, S. 185.

Auch die Rechtsübung stellt sich bei Beantwortung der Streitfrage schroff gegenüber. Für die Verneinung hat sich entschieden das Kurhessische oberste Gericht nach dem Zeugnisse von Pfeiffer a. a. O. Thl. 4, S. 250[7]) durch ein abänderndes Erkenntniß vom 24. October 1827, dictirt durch die Betrachtung, daß der Auszug für beide Ehegatten festgesetzt und daher in Gemäßheit der Natur dieser Leistung als zur Verpflegung und Ernährung der Auszüger dienend anzunehmen sei, daß nur, wenn beide Ehegatten zum Genusse desselben gelangten, solcher in seinem ganzen Umfange habe geleistet werden sollen, daß mithin der auf des Appellanten damalige Ehefrau berechnete Antheil des ganzen Auszugs durch deren Tod zum Vortheile

7) S. auch dessen Werk: das deutsche Meierrecht. Cassel 1848, S. 546.

Digitized by Google

des Gutsübernehmers erloschen sei. (In gleichem Sinne wurde — Pfeiffer a. a. O. Th. 8, S. 348 — im Jahr 1836 erkannt). Auf derselben Seite steht die Praxis des Oberappellationsgerichts in Dresden nach dem Zeugnisse von

Gottschalk: Selecta discept. for. capita. Tom. I. Dresd. 1828, Cap. XXXI: *Reservatum rusticum utrique conjugum pacto constitutum, num integrum debeatur superstiti, alterutro eorum defuncto?*

(Erkenntnisse aus den Jahren 1806—1827)[8]), und eines bayrischen Obergerichts

Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, Bd. 1, S. 292.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 1. Münch. 1847, Nr. 328, Note 2.

Bejahend entschied die Frage im Jahr 1804 der Schöppenstuhl in Wittenberg.

Mirus: de reservato rustico. Lips. 1828. IV. 5. not. 53.

Ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in München vom Jahr 1827 sprach sich dahin aus, daß, wenn der Gutsanschlagsvertrag, der einen Auszug stipulirte, zwischen dem Uebernehmer des Guts und dem Abtretenden ohne Theilnahme der Ehefrau des Letztern abgeschlossen worden, dieser nach deren Ableben nicht verbunden sei, sich mit der Hälfte des Auszugs zu begnügen, vielmehr das Ganze fernerhin ansprechen könne[9]).

Seuffert's Archiv, Bd. II, Nr. 79.

Partikulargesetze haben hier und dort eingegriffen und so die Streitfrage fern gehalten. So bestimmt z. B. eine Fürstlich

---

8) S. auch das Seuffert'sche Archiv der Entscheid. Bd. I. Nr. 328, Note 3.

9) Rößler vertheidigt in seiner Schrift: Ueber das Ausgedinge auf Bauerngüter, Prag 1842, die Ansicht, daß, wenn der Mann für sich und seine Ehefrau einen Auszug reservire, die Wittwe ebensowohl die Hälfte des Auszugs fordern könne, als der Wittwer sich den Abzug der Hälfte gefallen lassen müsse. Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 1844, S. 169.

Digitized by Google

Lippische Verordnung v. J. 1781, mitgetheilt im VIII. Band der Overbeck'schen Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Hann. 1788, S. 46—68, im §. 18:

Stirbt einer von den Leibzüchtern, welche die ganze Leibzucht genossen haben, so behält der Ueberlebende das ganze Leibzuchtshaus, wenn darin nur eine Wohnstube mit Zubehörungen ist; wann darin aber deren zwei mit Zubehörungen sind, also das Leibzuchtshaus groß genug für Wohnungen zweier Familien sind, dann fällt die Halbschied an den Meier zurück. — Von der Länderei gehet auch beim Ableben eines Leibzüchters von der vollen Leibzucht die Halbschied an den Hof zurück, und von der darauf stehenden Frucht bezahlet der Meier nur die Einsaat dem Ueberlebenden. Vom Garten ebenfalls die Halbschied, wann er nicht schon so klein ist, daß er ganz für die fortzusetzende Haushaltung auf der Leibzucht erfordert wird. Das Obst behält der Ueberlebende zum vierten Theil, Heuwachs und Hude nur nach Verhältniß des Viehes, welches er behält. Wann dieses in mehrerer Zahl auf die Leibzucht mitgenommen worden, dann gehet die Halbschied an den Meier zurück. Das einzeln in der Gattung erhaltene behält der Ueberlebende, und so auch die Mobilien, wie sie zur Haushaltungsfortsetzung nöthig sind. Wie dann den Aemtern bei diesem Rückfall, außer dem der Länderei, welcher immer zur Halbschied erfolgen muß, das Ermessen, ob und wie, wegen noch auf der Leibzucht zu ernährenden Kinder, wegen Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Beizuerwerbens und wegen vorheriger guter oder schlechter Verwaltung des Hofes ab= und zuzuthun seie, freigelassen wird.

So spricht sich eine Fulda'sche Verordnung v. J. 1773

Strippelmann: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober=Appellations=Gerichts zu Cassel, Th. 5, Abth. 1, Cass. 1848. Nr. XXIX: Die in Folge einer Gutsabtretung nach Fulda'schem Rechte geltende Beschränkung des von zwei Eheleuten ausbe=

Digitized by Google

dungenen Auszugs auf die Hälfte für den Fall des Ablebens des einen derselben kann auch bei der Veräußerung des Guts an Fremde (Nichterben) giltiger Weise verabredet werden, S. 311, Note 8 auch dahin aus:

Weil also der Auszug nur nach Nothdurft des Auszügers und seiner Frau gemeinschaftlich und keineswegs zum Ueberflusse oder über die Kräfte eines Guts verabreicht wird, so folgt von selbsten, daß, sobald einer von den ausziehenden Ehegatten verstirbt, ipso jure die Halbschied daran abfällig wird[10]), wowider kein Geding oder Vertrag Platz haben soll.

Da diese Verordnung noch in einem kleinen Theile des Großherzogthums Hessen, in dem Bezirk der Provinz Oberhessen, der einst zum Lande Fulda gehörte, gilt, sonst aber die Gesetzgebung keine Normen enthält, so hatte sich die Praxis mit dieser Controverse zu beschäftigen und die Grundsätze aufzusuchen nach denen sie zu entscheiden sei. Sie kam schon im Jahr 1812, dann im Jahr 1838 bei dem obersten Gericht zur Erörterung.

A.

Jakob Siefert in Hatzbach im Odenwald, und zwar in der Grafschaft Erbach, schlug im Jahr 1782 seinem Sohn Adam und der Braut desselben sein Bauerngut für die Kaufsumme von 2000 Gulden an und bedang sich und seiner Ehefrau ein bestimmtes Leibgeding. Der Sohn verkaufte das Gut im Jahr 1797 (am 11. April) an einen Fremden, Conrad Siefert zu Obersensbach, für 15,000 Gulden. Es wurde bedungen, daß der Käufer sowohl dem Verkäufer und dessen Ehefrau ein be-

10) Uebereinstimmend eine Verordnung für die Grafschaft Ravensberg (Runde a. a. O. Th. I. S. 44.) eine Osnabrück'sche Eigenthumsordnung v. J. 1722, (Runde a. a. O. S. 54.) eine Münsterische Eigenthumsordnung v. J. 1777, (Runde a. a. O. S. 62).

Digitized by Google

stimmtes Leibgeding prästiren, als auch dem bisherigen Auszügler Jakob S. und dessen Ehefrau lebenslang das bisher bezogene Leibgeding entrichten solle, sowie weiter bedungen wurde, daß, wenn Letztere verstürben, Erstere in das von denselben genossene Leibgeding eintreten sollten. Noch in demselben Jahr (am 10. Nov.) überließ der Käufer das Gut dem Kanzleidirektor B. gegen die Summe von 16,300 Gulden.

Nach dem Ableben der Ehefrau des Jakob Siefert und ihres Sohnes Adam, der im Jahr 1806 starb, richtete B. gegen dessen Wittwe im Jahr 1810 eine Klage dahin: Das dem Verstorbenen stipulirte Leibgeding sei für ihn und seine Frau berechnet gewesen, weshalb selbstverständlich mit dem Tode des einen Theils das Leibgeding sich auf die Hälfte ermäßige. Daher das Gesuch: dahin zu erkennen, daß die Beklagte seit dem Ableben ihres Ehemannes nur diese Hälfte anzusprechen und das zu viel Erhaltene zu erstatten habe. Die Beklagte excipirte. Das Untergericht verwarf die Klage, daher Kläger die Berufung einlegte und diese dadurch zu begründen suchte, daß er vortrug: Das Leibgeding diene zur Subsistenz, ermäßige sich daher, wenn der Bedarf sich vermindere. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erlösche ein persönliches Nutzungsrecht mit dem Tode des Berechtigten. Ja! wenn zwei Personen conjunctim Alimente vermacht würden, wachse der Antheil des Verstorbenen dem Ueberlebenden nicht zu.

L. 57, §. 1. Dig. de usufr. (7, 1).

Die Beklagte könne den Antheil ihres Ehemanns an dem für ihn und sie im Vertrage stipulirten Auszug nicht erben; es handle sich von einem persönlichen Recht, das mit dem Tode des Berechtigten wegfalle, ja von einem höchst persönlichen Recht, das auf lebenswierige Versorgung berechnet sei. Keine einzige Leibzuchtsordnung spreche aus, daß der Ueberlebende den Antheil des Verstorbenen erbe. Gleiches gelte von der Doctrin. Beachtung verdiene noch eine andere rechtliche Ansicht: Der Beklagten habe nach der in der Grafschaft Erbach geltenden allgemeinen

ehelichen Gütergemeinschaft [12]) nur die Hälfte des Leibzugs-standes; der stipulirte Auszug könne ihr daher nur zur Hälfte zu Theil werden. Wäre die Leibzucht vererblich, so hätte die Hälfte auf ihren Sohn übergehen müssen und sie nur das Recht gehabt, bis zur Vermögensabtheilung mit demselben in einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zu leben, nicht aber in eigenem Recht darauf Anspruch machen können. Daß aber jener Sohn keinen Anspruch habe, ergebe sich aus den Verhältnissen und den Worten des Vertrags von selbst, auch wenn nicht die Kinder des Verkäufers auf den Aufenthalt im Hause, so lange sie ledig, beschränkt worden wären. Da nun die Beklagte die von ihm, Klägern, angezogene Vertragsurkunde v. J. 1797 (die Urkunde vom Jahr 1782 sei ihm nicht mitgetheilt worden und enthalte etwas inter alios) anerkannt habe, so erscheine die Klage begründet. Was die Gründe des untergerichtlichen Erkenntnisses angehe, so hielten sie eine Prüfung nicht aus. Denn daß die Beklagte nach dem Ableben ihres Ehemannes hülflos geworden, sei unwahr, und auch ohne rechtliches Gewicht. Eines [illegible], daß der Ueberlebende nur die Hälfte des Auszugs zu beziehen habe, habe es nicht bedurft, da sich dieses von selbst verstehe. Im Gegentheil habe bedungen werden müssen, daß der Ueberlebende das Ganze beziehen solle. Daß dafür die Gewohnheit spreche, habe die Beklagte nicht vorgeschützt, daher der Richter die Grenze seiner Befugniß überschritten habe. Auch müsse die Gewohnheit als Thatsache erwiesen werden. Er, Kläger, bestreite sie. Es sei eine in der Grafschaft ungewöhnliche Erscheinung, daß ein Fremder ein Hubengut erwerbe, da solche Güter vom Vater auf den Sohn durch das eigenthümliche Rechtsgeschäft der Gutsübergabe fortzuerben pflegten. — Kein Wunder,

12) Das Landrecht der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg im Odenwald, herausgegeben von Beck und Lauteren. Darmst. [illegible], S. 165—234: Ueber die Natur der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft im Odenwalde überhaupt und ihren Werth für deutsche Rechtsprechung und Gesetzgebung.

Digitized by Google

[illegible] Singularsuccession. — Er, Kläger, habe das Gut nicht auf solche Art erworben. Kinder müßten ihren alten unvermögenden Eltern die Alimente reichen, was sich von selbst verstehe, wenn bei einer Gutsübergabe ein Leibgeding nicht vorbehalten werde. Habe nun ein Sohn nach dem Ableben des einen Elterntheils dem Ueberlebenden den ganzen Auszug gelassen, indem Pietät oder eine andere Rücksicht gewaltet, so werde dadurch keine die Gleichheit des Falls erfordernde Gewohnheit gebildet.

Das Mittelgericht[12]) erkannte volle Prozesse, worauf die Beklagte sich dahin vernehmen ließ: Appellant habe das römische Recht angezogen, das auf das deutschrechtliche Institut des Auszugs nicht angewendet werden könne. Sowie der Gutsbesitzer und seine eheliche Genossin nach der im Erbachischen herrschenden allgemeinen Gütergemeinschaft als eine moralische Person, als ein Leib angesehen würden, so erschienen sie auch bei Abtretung ihres Guts als eine moralische Person, daher es sich auch nur von einem Auszug handle. Selbst der Absicht der Contrahenten und der Billigkeit würde die Intention des Appellanten zuwiderlaufen. Wenn sich der Auszügler und seine Ehefrau einen Auszug vorbehalte, so reiche dieser für beide nur nothdürftig aus, und wenn der eine Theil sterbe, so wüchsen dem Ueberlebenden außerordentliche Ausgaben zu. Die Absicht der Contrahenten könne daher nicht darauf gerichtet sein, die Mittel der Subsistenz gerade dann zu schmälern, wenn Unterstützung besonders wünschenswerth sei. Daher sei auch im Umkreise der Grafschaft eine solche Reduction unerhört. Bedenke man nun noch, daß es sich hier nicht von eigentlichen Leibgedings-Prästationen, sondern von einem vorbehaltenen Gutsantheile an Ackerland und Wiesen handle, so zeige sich um so mehr die Beschwerde als ungegründet.

---

12) Die damals noch bestehende Fürstlich Löwensteinische und Gräflich Erbachische Gesammt-Justizkanzlei in Michelstadt, die im Jahr 1824 aufgehoben wurde.

Digitized by Google

Unterm 10. Januar 1812 bestätigte das Mittelgericht das Erkenntniß.

Kläger ergriff Oberappellation, die er dadurch zu rechtfertigen suchte, daß er sich auf seine früheren Ausführungen bezog und noch, gegenüber den Entscheidungsgründen, besonders betonte, daß, da das Erbachische Landrecht keine Norm darbiete, die Doctrin zu beachten sei. Wenn auch einige Rechtslehrer das Leibgeding nicht als Ususfruct ansähen, so stimmten doch alle darin überein, daß das, was der eine Theil beziehe, mit dessen Tode wegfalle, dessen Antheil weder dem Ueberlebenden, noch den Erben zufalle.

Auch das oberste Gericht erkannte (1812) bestätigend, nach Anleitung des erstatteten Gutachtens im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Zuerst komme es auf das Rechtsverhältniß an, auf welchem die Prästation beruhe. Das Verhältniß, in welches vertragsmäßig die Beklagte mit ihrem verstorbenen Mann zu dem Conrad Siefert und dessen Rechtsnachfolger, dem jetzigen Beklagten, gesetzt worden, sei das des Verkäufers zu dem Käufer; das Ausbedungene bilde einen Bestandtheil des Kaufpreises. Der Verkäufer habe für sich und seine Ehefrau bedungen: einen großen Acker, bestimmte Wiesen und Gärten, sowie Hütung ihres Viehs, unentgeltliche Bebauung ihres Feldes, Aus- und Heimführung des Futters, Schweinställe, Backofen, das nöthige Holz und Streusel, Tuchbleiche und jährlich 100 Eier. Sonst solle Käufer die Fuhren und Materialien zur Herstellung eines eignen Baus als Wohnung der Verkäufer, worin sich auch nach ihrem Ableben ihre Kinder, so lange sie ledig, aufhalten dürften, besorgen. Nach dem Tode ihrer Eltern, resp. Schwiegereltern, sollten die Verkäufer in das Leibgeding eintreten, welches sich jene im Jahr 1782 beim Gutsanschlag bedungen hätten. Dasselbe habe bestanden in bestimmten jährlichen Quantitäten an Korn, Heidekorn und Hafer, einer Wiese, mehreren Aeckern und Gärten, der Verbindlichkeit, gewisse Quantitäten Hanf und Lein zu säen, das Land zu düngen, Früchte und Futter heim-

Digitized by Google

zuführen, in freiem Holz und Licht, Kammern zur Wohnung, Platz auf dem Boden und im Keller, Scheuerraum, in gewissen Quantitäten Stroh, jährlich 150 Eiern, dem dritten Theile des wilden und zahmen Obstes, in Eicheln und Bucheln und zwei Saugferkeln, wenn es deren gebe. Die Eltern hätten diese Vortheile als Leibgeding, Altentheil, bezogen, der, germanischen Ursprungs, die Natur von Alimenten, die unvermögende Eltern von ihren Kindern zu fordern hätten, an sich trügen. Da das öffentliche Interesse fordere, daß die Gutsbesitzer nicht durch solche Leistungen zu sehr beschwert und außer Stand gesetzt würden, die öffentlichen Lasten zu tragen und ihr Gut zu bewirthschaften, so wachten einzelne Landesgesetzgebungen[13]). Aber zwischen dem Landwirth, der, ohne Nöthigung durch Altersschwäche, sein Gut an einen Fremden verkaufe, und diesem trete ein ganz anderes Verhältniß ein. Letzterer erhalte das Gut nicht als Kind und trete eo ipso in keine Verbindlichkeit zum Alimentiren ein. Wenn das, was durch einen besondern Vertrag dem Verkäufer und seiner Ehefrau auf Lebenszeit zugesichert werde, Leibgeding genannt werde, so erscheine dieß doch immer als Kaufbedingung. Selbst das den Eltern vom Sohn zugesicherte Leibgeding, das darum als eine auf dem Gute ruhende Last auf den fremden Käufer habe übergehen müssen, könne hinsichtlich des Verkäufers und seiner Ehefrau (der Beklagten) nur als ein zu bestimmter Zeit eintretendes ihnen vom Käufer ver-

13) Hierher ist zu rechnen das bayerische Gesetz vom 22. Februar 1855 wegen der landwirthschaftlichen Erbgüter. — Schletter, Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. II, Erl. 1856, S. 81—85. Während es im Art. 24 heißt: „Der unter Lebenden übergebende Erbgutseigenthümer ist berechtigt, bei der Uebergabe neben den in Art. 14, 15 und 17 bezeichneten Eigenthumsvorbehalten für sich, seine Ehefrau und seine unversorgten Kinder Alimentations-Reichnisse zu bedingen“, fügt das Gesetz hinzu: Der Betrag sämmtlicher von dem Gutseigenthümer zu reichenden Alimente darf den vierprozentigen Zins aus einem Dritttheile des bei der Uebergabe festgesetzten schuldenfreien Erbgutswerthes (Art. 14 Abs. 1) nicht übersteigen.

Digitized by Google

willigtes Surrogat der künftigen alsdann in Wegfall kommenden nutznießlichen Elemente, die als ein Theil des Kaufpreises erschienen, angesehen werden. Daher könnten bei Streitigkeiten hinsichtlich einer solchen Leistung die etwa an dem einen oder andern Ort hinsichtlich des Leibgedings herrschenden Gesetze, oder die Rücksichten der Billigkeit, welche dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern in dieser Beziehung zugewendet seien, nicht zur Richtschnur dienen; es komme nur auf den Inhalt des Kaufvertrags an.

Zweitens komme es auf den Grund an, aus welchem die Minderung der Leistung auf die Hälfte verlangt werde. In dem Kaufvertrage vom 11. April 1797 und dem Abtretungsvertrage vom 10. Nov. desselben Jahrs sei nicht bedungen worden, daß, wenn ein Ehegenosse, der Verkäufer oder dessen Ehefrau, sterbe, dem Ueberlebenden nur die Hälfte prästirt werden solle. Kläger behaupte nun, daß sich dieses von selbst verstehe. Indessen habe es allerdings hierfür einer Verabredung bedurft, da die Theilung eines Ackers, zweier Wiesen, eines Krautgartens und Gärtchens sich nicht so von selbst mache, wie die von 100 Eiern. Auch hätte die Existenz zweier Ehepaare und die Verbindlichkeit zu doppelten Prästationen, zumal, da die jüngeren Eheleute in das Leibgeding der Aelteren eintreten sollten, eine Bestimmung nöthig gemacht, wenn der Ueberlebende nur die Hälfte beziehen sollte, und, wenn eins der Aelteren, und eins der jüngeren Eheleute mit Tode abging, sich die Frage erheben werde, ob der überlebende Theil der Letzteren die Hälfte des eignen Leibgedings oder das der Ersteren beziehen solle. Die Beschränkung so beträchtlicher Leistungen habe für den Käufer Conrad Siefert und den bald darauf eintretenden Kläger eine wichtige Angelegenheit sein müssen. Die Liberalität des Sohnes und dessen Ehefrau, denen eins der ansehnlichsten Güter der Gegend um 2000 Gulden überlassen worden sei, und die darum Grund gehabt hätten, den abtretenden Eltern einen ansehnlichen Auszug zuzuwenden, habe sich nicht von dem fremden Käufer, der einen Kaufschilling von 15,000 Gulden, und dem Kläger,

Digitized by Google

hen, einen solchen von 16300 Gulden, unter Uebernahme der Last jener Leibgedingsprästationen aufgewendet, erwarten lassen. Da sie sich indessen in dieser Beziehung nicht vorgesehen hätten, so sei anzunehmen, daß es ihre Absicht gewesen wäre, sich ebenso freigebig zu zeigen, wie der Sohn und dessen Ehefrau. Ueberdies sprächen Gründe gegen die Annahme der Absicht der Reduction des Auszugs auf die Hälfte für den Sterbefall des einen Ehetheils. Dem älteren Ehepaar sei diese Meinung fern gewesen, da dem Ueberlebenden gestattet worden sei, wieder zu heirathen und selbst dem Angeheiratheten, wenn er der Ueberlebende, ein bestimmter geringerer Auszug zugesichert worden wäre; denn diese Festsetzung eines geringeren Leibgedings spreche klar aus, daß der Ueberlebende für den Fall, daß er sich nicht wieder verheirathe, das Ganze beziehen, nicht, wie im entgegengesetzten Fall der Angeheirathete als Ueberlebender, auf einen geringeren Auszug reducirt werden solle. Da der Käufer und dessen Rechtsnachfolger die jüngeren Seifert'schen Eheleute nach dem Ableben der Aeltern ganz in deren Leibgeding, wie es ihnen im Jahr 1782 und wieder im Jahr 1797 stipulirt worden, habe eintreten lassen, so müsse jenen zusammen oder einzeln das angedeihen, was diesen verbunden oder getrennt zugestanden worden. Das, was jene in Betracht des ihnen so günstigen Gutsanschlags ihren Eltern reichlich bewilligt, fließe ihnen nun selbst zu, da der fremde Käufer, an dessen Stelle Kläger getreten, dies zugestanden habe. Wahrscheinlich sei die Idee des Heimfalls der Hälfte des Auszugs gar nicht aufgetaucht. Sowie nach dem Ausdruck der Verträge jedem der Ehegatten die auf Lebenszeit eingeräumten Objecte und Bezüge in solidum zugesichert worden seien, so sei dahin auch die Meinung und Absicht der Paciscenten gegangen. Räume ja Kläger ein, daß er dem Jakob Siefert nach dem Ableben seiner Ehefrau das ganze Leibgeding habe zukommen lassen.

Das Hauptargument des Klägers betreffend, daß das Leibgeding ein höchst persönliches Recht sei und jedes Nutzungsrecht mit dem Ableben des Berechtigten erlösche, bei zwei Personen conjunctim vermachten Alimenten der Antheil des Verstorbenen

dem Ueberlebenden nicht zuwachse, so sei freilich Leibzucht so wenig als Nießbrauch, vererblich. Indessen wolle die Beklagte nicht als Erbin eintreten, sondern sie spreche das Ganze vermöge Vertrags an. Particulargesetze und die Doctrin der Rechtslehrer könnten nichts alteriren, da der Vertrag entscheide. Wenn übrigens Runde: Die Lehre von der Leibzucht §. 80 sich dahin äußere:

„Der Colonus wird von demjenigen Theile ständiger Leistungen befreit, welcher auf den Verstorbenen, nach den in seiner Person eingetretenen besondern Bestimmungsgründen, gerechnet worden ist",

so sei dieses freilich der Billigkeit angemessen; es folge aber hieraus nicht, daß bei dem Abgang des einen Ehegatten, dem Ueberlebenden ipso jure die Hälfte des Auszugs zu entziehen sei. Auch könne man nicht davon ausgehen, daß der Ueberlebende mit der Hälfte des bisherigen Auszugs auskommen müsse, zumal, wenn derselbe in dem Genusse von Grundstücken bestehe, für deren Cultivirung nun fremde Hülfe erforderlich sei.

Wenn Kläger darin eine Beschwerde finde, daß die vorderen Gerichte davon ausgegangen, der Bezug des ganzen Auszugs von Seiten des Ueberlebenden sei im Erbachischen gewohnheitsrechtlich, so sei der Richter allerdings zu solchen Zeugnissen nicht berufen. Indessen sei eine solche Attestation immerhin nicht ganz unerheblich, da sie als Wahrnehmungen aus dem Geschäftsleben erschienen[14].

---

14) Ein Württembergischer Ortsvorstand bezeugte, daß bei Leibgedingsverträgen in zwei Gemeinden, hinsichtlich der Leibgedingsreichung noch nie ein Anstand vorgekommen, indem bei solchen Verträgen angenommen werde, daß auf Absterben eines Leibgedingsnehmers dem überlebenden Leibgedinger der volle, nicht der halbe Betrag des ausgesetzten Leibgedings verabfolgt werde, und daher auch noch nie ein Abzug daran gemacht worden sei.

Dieses Zeugniß nahm das Obertribunal in einem Erkenntniß vom 16. Sept. 1833 als Beweis eines bestehenden Gewohnheitsrechts an. Hufnagel: Mittheilungen aus der Praxis der württemberg. Civilgerichte. Neue Folge, Heft 2, S. 486. Seuffert's Archiv Bd. II, Nr. 226.

B.

Im April 1834 erhob Adam Schmitt von Weiher im Odenwald Klage gegen seinen Schwiegersohn Franz Jäger daselbst: Er habe diesem als Ehemann seiner Tochter sein Bauerngut gegen ein ihm und seiner Ehefrau zu entrichtendes Leibgeding im Geldanschlag von 79 Gulden 9 Kr. überlassen. Da derselbe diesen Auszug weder der Natur nach, noch in seinem Geldanschlag für das Jahr 1833 entrichtet habe, so bitte er um dessen Verurtheilung zu dieser Verbindlichkeits-Erfüllung. Der Beklagte wendete ein, daß Kläger befriedigt sei, da derselbe, nach dem Ableben seiner Ehefrau im Jahr 1833, die ihm hiernach gebührende Hälfte des Leibgedings erhalten habe. Kläger entgegnete, zugebend, daß seine Ehefrau damals gestorben, und er einen Theil des Leibgedings für das vorige Jahr bezogen: dasselbe sei freilich für ihn und seine Ehefrau bedungen worden; dennoch habe er Anspruch auf das Ganze, da der Auszug als Kaufschilling anzusehen sei, auch in dem Orte die Gewohnheit herrsche, daß dem Ueberlebenden das Ganze bleibe.

Hierdurch fand sich Beklagter zu einer ausführlicheren Duplik veranlaßt: Kläger verkenne die rechtliche Natur des Leibgedings. Wäre dasselbe Kaufschilling, so müsse es auf die Erben übergehen und die Ausmittelung seiner Größe nach andern Grundsätzen, als den allgemein üblichen und normirenden, geschehen. Der Kaufschilling dürfe dann nicht, wie hier und in der Regel, dem wahren Werth entsprechen, müsse vielmehr wegen des bedungenen Leibgedings einen im Verhältnisse mit dessen Größe stehenden Abzug erleiden. Es sei aber üblich und Vorschrift, daß bei Fixirung des Auszugs vorzugsweise das Bedürfniß des Auszüglers beachtet werde, während es Grundsatz sei, daß zwei Berechtigte nur nach Raten participirten. Daß in dem Orte eine entgegengesetzte rechtsverbindliche Gewohnheit herrsche, stellte Beklagter in Abrede.

Das Landgericht erkannte unterm 8 März 1835 dahin: Beklagter habe zu beweisen, daß dem Kläger seit dem Tode seiner Ehefrau, also namentlich vom Jahr 1833 an, nur noch die Hälfte von dem im Anschlagsbriefe festgesetzten Leibgeding zustehe.

Unterm 19. Mai 1836 confirmirte Großherz. Hofgericht in Darmstadt in dieser Beziehung.

Die Oberberufung ergreifend, erachtete sich der Beklagte dadurch für beschwert, daß ihm jener Beweis auferlegt worden sei; vielmehr hätte dem Kläger der Beweis auferlegt werden müssen, daß, wenn zwei Ehegatten zusammen ein Leibgeding zugesichert werden und der Eine sterbe, nach einer zu Weiher bestehenden Rechtsgewohnheit dem Ueberlebenden dennoch das ganze Leibgeding bleibe. Zur Begründung dieser Beschwerde trug Beklagter im Wesentlichen vor: Beide Theile seien darin einverstanden, daß bei theilbaren Verbindlichkeiten der Berechtigte nach dem Abgang des Mitberechtigten nur noch die Hälfte des Gegenstandes derselben anzusprechen habe, wenn nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprächen. Als solche Gründe sollten in dem vorliegenden Fall gelten:

1) daß das Leibgeding als dingliche Last erscheine;

2) daß es Theil des Kaufschillings;

3) daß zu W. eine entgegengesetzte Gewohnheit herrsche.

Allerdings habe das oberste Gericht sich dahin ausgesprochen, daß das Leibgeding eine auf den angeschlagenen Gütern haftende, auf den dritten Besitzer übergehende Reallast sei[15]; allein es sei nicht abzusehen, warum hiernach auch das Recht untheilbar und hinsichtlich seines Umfangs unveränderlich sein solle (Nähere Ausführungen). Der vermeintlichen Eigenschaft des Leibgedings als Kaufschilling widerspreche die deutsche Rechtsgeschichte, der zu Folge dasselbe einen andern Charakter an sich trage, der sich ausgeprägt habe in den alten Gutsverhältnissen der Bauern, in der früheren alleinigen Möglichkeit, durch das

15) S. Nr. II.

Gut den Lebensunterhalt der Familie zu sichern, in der altdeutschen Ansicht von Familieneigenthum am Gut. (Nähere Ausführungen.) Wenn eine Rechtsgewohnheit eine Rechtsregel wegschieben könne, so müsse der, welcher sie behaupte, wenn sie bestritten worden, beweisen.

Das erstattete Gutachten[16]) erachtete die Beschwerde als begründet: Ueber die zu entscheidende Frage sei in dem abgeschlossenen Vertrage nichts bestimmt worden. Auch das churmainzische Particularrecht[17]), das in dem Orte W. gelte, gewähre keinen Anhalt. Entscheidend seien daher die Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Sprächen diese für den Kläger, so hätte allerdings sofort zu seinen Gunsten erkannt werden müssen, weil sich Beklagter auf besondere factische Verhältnisse,

---

16) Da, während die Rechtssache bei dem obersten Gericht anhängig war, Kläger starb, so berührte das Gutachten auch die Vorfrage, ob das Streitobjekt oberappellabel? Wenn Kläger noch lebte, so erscheine die Bejahung als unzweifelhaft. Denn wenn gleich die Klage zunächst auf das vom Jahr 1833 noch rückständige Leibgeding gerichtet sei, so werde doch wenigstens theilweise das Recht an sich in Contestation gezogen. Allein durch das Ableben des Klägers, mit welchem auch das Leibgeding erstorben, sei es gewiß geworden, daß nur die Rückstände von vier Jahren (1833—1836) noch in Betracht kommen könnten, und diese erreichten, wenn man den Anschlag des Leibgedings in Geld von Seiten des Klägers zu Grunde lege, die oberappellabele Größe (400 Gulden) nicht. Dennoch dürfte die Rechtssache als oberappellabel erscheinen, weil Klägers Tod und die hierdurch das Streitobjekt ergreifende Veränderung erst zu einer Zeit erfolgt sei, da sie hinsichtlich der Devolution der Sache keine Wirkung mehr äußern könne. Die Römer hätten die Berufung schon alsbald nach der Einlegung als pendent angesehen, wie dieß besonders aus dem Titel des Codex: si pend. appell. mors interven. (7, 66), namentlich aus Const. 5 und 6 erhelle, und schon dieser Pendenz werde die Wirkung eingeräumt werden müssen, daß später eingetretene Veränderungen hinsichtlich des Streitgegenstandes keine Bedeutung mehr hätten, jedenfalls dürfte der Zeitpunkt der Erlassung der Compulsorialien und Inhibitorialien (Kläger starb später), wodurch das Gericht die Rechtssache als an sich erwachsen [illegible] habe, als entscheidend angesehen werden.

17) Runde a. a. O. Th. 1. §. 34: Ueberreste des vormaligen Erzstifts Mainz.

die zur Beweisauflage aufforderten, nicht beruhen habe. Gegentheils liege dem Kläger der Beweis des von ihm behaupteten abweichenden Gewohnheitsrechts ob. Nun aber sei nach gemeinem Recht die Frage zu dessen Gunsten zu beantworten. Das Leibgeding habe seinem Zwecke zu Folge — schon das Wort rede — die Natur lebenswieriger Alimente. Es sprächen dieß auch einzelne Partikulargesetze bestimmt aus.

Runde a. a. O. S. 387.

Hiernach erlösche nach dem Ableben des einen Theils im Fall der Theilbarkeit des Objekts die Hälfte des Leibgedings.

Runde a. a. O. S. 554.

Puchta a. a. O. S. 93.

Aus der Natur desselben als Reallast lasse sich für die Ansicht des untergerichtlichen Gerichtshofs nichts ableiten; denn diese Eigenschaft beziehe sich nur auf den Verpflichteten. Hinsichtlich des Berechtigten sei das Recht stets ein persönliches, höchst persönliches.

Runde a. a. O. S. 417.

Puchta a. a. O. S. 135.

Die Annahme eines dem deutschen Gesammteigenthum analogen Verhältnisses lasse sich höchstens da rechtfertigen, wo das Institut der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft herrsche, während dasselbe dem ehemals Mainzischen fremd sei. Die Gleichstellung mit dem Kaufschilling sei jedenfalls nicht durchgreifend, und wolle man auch den reindeutschen Vertrag mit dem Namen eines Kaufgeschäfts belegen, so dürften doch hieraus nicht Folgerungen gezogen werden, welche mit dem Grundcharakter des Instituts im Widerspruch stünden. Von einer Analogie der römisch-rechtlichen Bestimmungen über das Anwachsungsrecht der Collegatarien bei dem legirten Ususfruct könne um so weniger die Rede sein, als es nach ausdrücklicher Verordnung

Fr. 57, §. 1. de usufr. (7, 1)

nicht eintreten solle, wenn der Nießbrauch zum Zweck der Alimentirung vermacht werde.

Das Gutachten, welches Correferent theilte, trug auf Re-

Digitized by Google

Vermittlung dahin ab: Kläger habe zu beweisen, daß nach einem zu W. bestehenden Gewohnheitsrecht in dem Falle, wenn zwei Ehegatten zusammen in einem Uebergabsvertrage ein Leibgeding vorbehalten worden und Einer versterbe, dem Ueberlebenden dennoch das ganze Leibgeding verbleibe.

Unterm 21. Mai 1838 schlug das oberste Tribunal die Appellatiosprozesse ab. Der so vom Votum der Referenten abweichende Beschluß der Majorität wurde gefaßt mit Rücksicht auf das gedachte Erkenntniß des Tribunals in Sachen des Kanzleidirektors Bergsträßer gegen die Wittwe des Adam Siefert in Hetzbach und die in dem dort erstatteten Gutachten entwickelten Erkenntnißgründe. Zugleich nahm es in seine Sammlung der Präjudicien (unter Nr. 116) unter der Aufschrift: Betreffend den Heimfall des bei elterlichen Gutsanschlägen ausbedungenen Leibgedings oder Auszugs im Falle des Ablebens eines der anschlagenden Eltern folgende Aufzeichnung auf: „Das Leibgeding oder der Auszug, welche sich Eltern bei Gutsabtretungen an ihre Kinder oder eins derselben um eine gewisse Anschlagssumme vorbehalten, beziehungsweise ausbedungen haben, dauert, insofern nicht darüber in dem Anschlagscontrakt etwas Anderes bestimmt worden ist, oder eine andere Absicht der Contrahenten nachgewiesen werden kann, oder eine Rechtsgewohnheit entgegensteht, bis zu dem Ableben beider Eltern in seinem ganzen Umfange in der Weise fort, daß nach dem Ableben des einen Elterntheils der Ueberlebende das ganze Leibgeding ungeschmälert fortzubeziehen hat [18]). Urtheil in Sachen Bergsträßer gegen Sieferts Wittwe zu Hetzbach, 1812, sowie in Sachen Franz Jäger zu Weiher gegen Adam Schmitt daselbst. 1838".

18) Eine andere Frage ist die, wie es gehalten werden soll, wenn der Auszügler, nachdem er das jährliche Leibgeding bereits bezogen, im Laufe des Jahres stirbt.

Nach zwei Erkenntnissen der Justizcanzlei in Michelstadt aus den Jahren 1820 und 1822, welche Beck und Lauteren S. 399 ihres Erbacher Landrechts aufführen, fällt der entsprechende Theil des Leibgedings an den Verpflichteten zurück.

Ich benutze diese Gelegenheit, um einen Irrthum zu berichtigen. S. 401 der Schrift von Beck und Lauteren: Das Erbacher Landrecht wird jenes Erkenntnisses der Justizcanzlei in Michelstadt vom 18. Januar 1812 in Sachen Bergsträßer gegen Sieferts Wittwe in Hetzbach gedacht, und hinzugefügt: „Von den jenem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründen verdient vorzüglich folgender hier angeführt zu werden: „„Betrachtet man die Natur des Leibgedings an sich, so wird jeder zugeben müssen, daß mit einem solchen Auszug nur die nothwendigsten, unentbehrlichsten, bei weitem aber nicht alle Bedürfnisse des Lebens gesichert worden, und in der Regel müssen die Auszugsleute einen großen Theil ihres Bedarfs durch eigne Arbeit herbeischaffen. Stirbt nun einer derselben, so vermindert sich freilich die Summe des Bedarfs, aber auch zugleich die Summe des Verdienstes, und selten wird der Ueberlebende durch den alleinigen Genuß des ganzen Leibgedinges in eine wirklich bessere Lage versetzt.““

In meinem Beitrag zum fünften Band der Zeitschrift für deutsches Recht, Leipzig 1841. XII. Hessische Beiträge zur Beurkundung der Praxis des deutschen Rechts, theilte ich S. 368, 369 diese Stelle aus den Motiven des Mittelgerichts mit, indem ich zugleich des Erkenntnisses des obersten Gerichts gedachte. Hierdurch wurde Pfeiffer a. a. O. (Bd. VIII. seines Werks: Praktische Ausführungen, S. 326, 327) zu der irrigen Angabe veranlaßt, daß jene Motive dem Urtheile des obersten Tribunals unterlägen.

Hiernach berichtigt sich auch die Note 3 zur Nr. 328. des ersten Bandes des Seuffert'schen Archivs der Entscheid.

III.

Der Auszug eine Reallast.

Die gemeine Doctrin ist die, daß der Auszug eine auf den angeschlagenen Immobilien haftende Reallast sei, so daß er mit

Digitized by Google

[illegible] auf den dritten Besitzer übergehe[19]). Dieses lehrt eine Reihe von Rechtsgelehrten: Runde, von der Leibzucht Th. II, §. 84, S. 403—408. Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht, §. 365. Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privr. §. 199. Schwarz, das Institut der Reallasten auf deutschen Bauerngütern, Erlangen 1827. §. 24. Pfeiffer, Prakt. Ausführ. Bd. IV, S. 139—141, Bd. VIII, S. 309—316, Rechtslexikon, Bd. I, S. 530. Bluntschli, deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 77, 79. Hänsel a. a. O. S. 1. 7. 181. Klingner, Sammlungen zum Dorf- und Bauernrecht, Leipzig 1749, S. 458.

Dieser gemeinen Meinung ist auch die Praxis gefolgt.

Erkenntniß des churhessischen obersten Gerichts vom 10. Sept. 1836, davon ausgehend, daß „Appellant den Entscheidungsgrund des Obergerichts, daß die Leibzucht als eine auf dem Gute haftende Reallast zu betrachten sei, zu widerlegen nicht vermocht hat".

Pfeiffer a. a. O. Bd. VIII, S. 359. Ders. deutsches Meierrecht, Cass. 1848, S. 542.

Erk. des Ober-Appell.-Ger. in Celle vom 4. Febr. 1839. Annalen des Advokaten-Vereins in Hannover. N. F. Bd. I. Hann. 1847, S. 212. Hagemann, Prakt. Erörtr., Bd. VII. Hann. 1824, Nr. 51.

Auch die Gerichte im Großherzogthum Hessen haben immer die gemeine Doctrin zur Richtschnur genommen.

S. 396 der Schrift von Beck und Lauteren, das Landrecht der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg. Darmst. 1824 heißt es:

Das Leibgeding oder der Auszug — ruht seiner Natur und [illegible]

19) Gerber, System, §. 168, Note 3 unterscheidet. S. auch §. 191, 254, Note 8. Einzelne Gesetzgebungen sprechen diesen Grundsatz aus, z. B. die Fulda'sche Auszugsordnung (Runde a. a. O. Th. 2 §. 35) und andere dort aufgeführte Verordnungen. — Ueber die Streitfrage nach preußischem Recht s. Temme Lehrbuch des preußischen Civilrechts, 2. Ausg. Leipzig 1846, Th. 1. S. 526.

Digitized by Google

Bestimmung nach, so lange der Leibgedingsberechtigte lebt, als dingliche Last auf dem Gute und allen Theilen desselben und genießt im Concurse, in so weit es ohne Schuld des Leibzüchters noch zurücksteht, und insoweit die Güter, worauf es ruht, in der Concursmasse noch vorhanden sind, ein besonders privilegirtes Vorzugsrecht.

Zum Belege werden zwei Erkenntnisse der Justizkanzlei zu Michelstadt vom 6. Nov. 1820 und vom 20. März 1822 angeführt, während die Bemerkung sich beigefügt findet:

Daher kann der Leibzüchter, wenn er sich seines Rechts nicht begeben hat, bei etwaiger Veräußerung an mehrere jeden Theilhaber auf das Ganze in Anspruch nehmen, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe bei der Erwerbung von dieser Belastung Kenntniß gehabt habe.

Ebenso erkannte das Hofgericht in Darmstadt unterm 2. Dec. 1825 zu Gunsten der auszugsberechtigten Eheleute unter Fixirung des Präjudizes: „Das elterliche Leibgeding (Auszug), welches bei Uebergabe eines Guts an die Kinder ausbedungen wird, klebt dem Gute als dingliche Last in der Art an, daß es auf jeden dritten Besitzer desselben übergeht. Denn nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts über das deutsche Rechtsinstitut des Auszugs oder Leibgedings läßt sich ein solcher Auszug nur als dingliche Last betrachten, und es hat sich auch die gemeine Meinung hierfür entschieden“.

Meine Mittheilungen, Th. 4. Darmst. 1831, S. 134—141, Leibgeding eine Reallast.

In gleichem Sinn entschied das oberste Gericht im Jahr 1830.

Im Jahre 1811 verkauften Johann Aßmann zu Hergersdorf in der Provinz Oberhessen und seine Ehefrau ihr gesammtes bewegliches und unbewegliches Vermögen ihrem einzigen Sohn Johann Aßmann jun. für die Summe von 3,150 Gulden unter den Bedingungen:

1) Daß Käufer 1500 Gulden als seinen Erbantheil für sich behalten, 1500 Gulden an seine einzige Schwester zahlen,

den Rest von 150 Gulden auf Verlangen der Verkäufer an sie herauszahlen solle;

2) daß dieser ihnen einen bestimmten Auszug zu entrichten habe;

3) daß das Gut bis zur völligen Entrichtung des Kaufschillings als Unterpfand verbleibe.

Der Sohn gerieth in Vermögensverfall, so daß nach und nach einzelne Theile des Guts zur Tilgung von Schulden veräußert werden mußten. Dabei wurde bedungen, daß die Käufer die auf dem Gute haftenden Lasten zu übernehmen hätten.

Gegen diese Verkäufe protestirte die Mutter (der Vater war inzwischen verstorben), unter Bezugnahme auf das stipulirte Leibgeding. Später erhob sie Klage gegen die einzelnen Käufer: Auf den ihnen verkauften Grundstücken hafte nicht nur jener Betrag von 150 Gulden, sondern auch ihr jährlicher Auszug. Da nun ihr Sohn sie nicht zufrieden stellen könne, das Eigenthum bis zur vollen Befriedigung vorbehalten worden sei und die Käufer die Güterstücke nur mit den darauf haftenden Lasten erworben hätten, so seien diese zur verhältnißmäßigen Entrichtung des Auszugs und Zahlung jener Summe (jenes Nothgeldes) verbunden.

Die Beklagten stellten nicht in Abrede, daß sie die Güterstücke „unter Uebernahme der darauf haftenden Lasten erkauft hätten, wendeten aber ein, daß jedenfalls unter diesen Lasten die nicht gemeint gewesen, von denen es sich hier handle, und machten noch geltend, daß sie zur Klägerin in keinem Vertragsverhältnisse stünden, so daß die Klage kein Fundament habe.

Die Klägerin entgegnete: Zu den auf den verkauften Grundstücken ruhenden Lasten gehöre jener Restkaufschilling und Auszug, und so könne sie sich um so mehr an diese Immobilien halten, da der Richter bei Vornahme der Zwangsversteigerungen nicht befugt gewesen sei, ihre Rechte zu verletzen. Sie bezog sich dabei auf das Contractenreglement, das §. 3. vorschreibe, daß der richterlichen Bestätigung des Kaufgeschäfts eine Untersuchung,

Digitized by Google

namentlich in Bezug auf die Frage, ob auf dem Kaufobject „kein elterlicher Auszug" hafte, vorangehen solle.

Das Gericht erkannte auf Abweisung der Klage, weil diese sich blos auf den mit dem Sohn errichteten Anschlagsvertrag stütze, die Klägerin also ihre Ansprüche nur gegen diesen richten könne.

Auf Berufung der Klägerin reformirte Gr. Hofgericht der Provinz Oberhessen: „In Sachen ꝛc. wird in Erwägung 1) daß Klägerin gegen die Beklagten als Käufer einzelner Güterstücke von einem ihrem Sohn angeschlagenen Gute auf Entrichtung eines hierauf radicirten Auszugs und vorbehaltenen Nothgeldes unter specieller Angabe der Größe desselben pro rata geklagt hat, 2) daß Beklagte ausdrücklich eingeräumt haben, a) daß das fragliche Gut von der Klägerin und deren verstorbenem Ehemann unter Vorbehalt des in der Klage angegebenen Auszugs an ihren Sohn verkauft worden, b) daß Klägerin aus diesem Verkauf noch 150 Gulden zu fordern habe, c) daß das Eigenthum bis zur völligen Bezahlung des Kaufschillings vorbehalten worden, d) daß Beklagte von dem gedachten Gute Güterstücke unter der Bedingung gekauft hätten, alle darauf haftenden Beschwerden zu übernehmen, 3) daß ein Auszug, welcher auf ein Gut radicirt ist, als eine Reallast desselben zu betrachten ist — hiermit zu Recht erkennt, daß das Erkenntniß des Landgerichts A. — wieder aufzuheben und dahin zu erkennen sei, daß Beklagte den von der Klägerin eingeklagten Auszug sowie das Nothdurftsgeld pro rata mit zu übernehmen schuldig seien".

Hiergegen Oberberufung der Beklagten mit dem Antrage auf Reformation durch Herstellung des Erkenntnisses erster Instanz. Das oberste Gericht erkannte aber unterm 18. Juni 1830 confirmirend. Was namentlich den Auszug angehe, so seien bewährte Rechtslehrer der mit der Natur der Sache ganz im Einklang stehenden Ansicht, daß derselbe dem angeschlagenen Gute als Reallast anklebe und auf jeden dritten Besitzer desselben übergehe.

Digitized by Google

Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. V, S. 316.
Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht. §. 365.
Runde, von der Leibzucht, Th. 2. §. 34.

Dazu jener §. 3. des Contractenreglements, welcher den älterlichen Auszug für eine Reallast erkläre.

Sonach hätten die Erwerber des mit dem Auszug belasteten Guts auf dessen Entrichtung pro rata[20]) belangt werden können.

Der Eintrag in die gedruckte Sammlung der Präjudizien lautet:

Die rechtliche Natur des elterlichen Auszugs oder Leibgedings.

Der Auszug, oder das Leibgeding, welches sich Eltern bei Uebergabe ihrer Güter an ihre Kinder reserviren, erscheint, in so fern aus den besonderen Bestimmungen des deßfallsigen Vertrags nicht hervorgeht, daß die Eltern sich in dieser Beziehung nur persönliche Ansprüche stipuliren wollten, als eine auf den übergebenen, angeschlagenen oder verkauften Gütern haftende Reallast, welche auf jeden dritten Besitzer dieser Güter übergeht.

Erk. vom 18. Juni 1830 in Sachen des Joh. Aßmann und Consorten zu Hergersdorf gegen Joh. Aßmanns Wittwe daselbst.

Vergl. Beck und Lauteren, Erbacher Landrecht, S. 399.

Puchta stellt in seiner Schrift, über die rechtliche Natur ꝛc. §. 21 in Abrede, daß der Auszug eine Reallast sei. Gleiches lehrt Duncker, die Lehre von den Reallasten, Marb. 1837, §. 26, 44.

Vergl. auch Pfeiffer a. a. O. Bd. VIII, S. 310.

20) Pfeiffer a. a. O. Bd. VIII, S. 352. Seuffert's Archiv der Entsch. Bd. I, Nr. 79.

Digitized by Google

III.

Das Vorzugsrecht des Auszugs im Concurse.

Nach der gemeinen Meinung werden die vor dem Ausbruch des Concurses über das Vermögen dessen, dessen Gut mit einer Reallast beschwert ist, fällig gewordenen Prästationen als Gegenstand persönlichen Anspruchs an den Gemeinschuldner angesehen.

Rechtslexicon, Bd. IX s. v. Reallasten, S. 74.

Nur herrscht Streit darüber, ob diesen rückständigen Leistungen ein Vorzugsrecht einzuräumen sei, oder nicht?

Dabelow, die Lehre vom Concurse der Gläubiger, 1801, S. 607.

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, 1824, §. 41.

Rechtslexicon a. a. O.

Sonach ist es auch streitig, ob rückständigem Leibgeding ein Vorzugsrecht zustehe [21]).

Eine Wittwe hatte ihrem Sohn ein Bauerngut gegen ein jährliches Leibgeding angeschlagen. Dieser fiel in Concurs. Das Gut wurde in Folge hiervon im Jahr 1848 verkauft. Im Liquidationtermin meldete die Mutter ihr von den vorderen Jahren her noch rückständiges Leibgeding im Geldanschlag von 761 Gulden, indem sie zugleich dafür ein Vorzugsrecht in Anspruch nahm. Hierdurch entwickelte sich ein Rechtsstreit zwischen ihr als Klägerin und der Hypothekargläubigerin ihres Sohnes, welcher jenes Gut verpfändet war.

In erster Instanz wurde das Vorzugsrecht der Klägerin anerkannt, indem ihr nur der Beweis der bestrittenen Thatsache auferlegt wurde, daß sie sich jenes Leibgeding bei dem Gutsanschlag bedungen habe. Auf Berufung der Beklagten reformirte Gr. Hofgericht der Provinz Starkenburg unter'm 1. Nov. 1850 dahin, daß Klägerin mit ihrer Prioritätsklage, da diese unbe-

21) Hänsel a. a. O. S. 104, 105. Der Verfasser hebt hervor, daß in Sachsen das Gesetz ein Vorzugsrecht einräume.

Digitized by Google

gründet, abzuweisen sei[22]. Es adoptirte das Votum des Correferenten, der sich dahin aussprach: Gegenüber dem Leibgeding, sowie jeder Reallast, müsse das Recht im Ganzen von den einzelnen Leistungen unterschieden werden. Nur Ersteres bilde die eigentliche, auf jeden Besitzer übergehende Reallast; die einzelnen Leistungen beruhten auf persönlicher Verpflichtung.

Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht, §. 166.

Während daher für das Recht an sich die actio confessoria utilis zustehe, finde in Beziehung auf die einzelnen Leistungen nur eine persönliche Klage statt.

Maurenbrecher, Lehrb. des gemeinen deutschen Rechts, §. 322.

Eben darum werde auch dem Anspruch auf rückständige Leistungen ein Vorzugsrecht im Concurse nicht eingeräumt, in so weit sie vor dessen Ausbruch erwachsen seien.

Schweppe a. a. O.

Schwarz, das Institut der Reallasten, S. 49.

Sonach erscheine die Beschwerde der Beklagten als begründet.

In demselben Sinne äußerte sich, als Klägerin zur Oberberufung schritt, das oberstrichterliche Gutachten, das auch Bezug nahm auf das Präjudiz Nr. 90. der gedruckten Sammlung:

Collocation rückständiger Erbleihprästationen im Concurse. Dem rückständigen Erbpacht (Erbleihcanon) an sich betrachtet steht in Concursfällen an dem Erbleihgut und dessen Erlös weder ein absolutes Privileg, noch ein stillschweigendes Pfandrecht zu. (Erkenntnisse aus den Jahren 1810—1834).

---

22) S. Sammlung interessanter Beschlüsse und Entscheidungen des Gr. Hess. Hofger. der Prov. Starkenberg. Nr. 227: Das Vorzugsrecht des Leibgedings im Concurse betreffend. Der Anspruch auf rückständige Leistungen aus einem Leibgedingsvertrage, insoweit sie schon vor der Eröffnung des Concursus fällig waren, genießt kein Vorzugsrecht. Erk. vom 1. Nov. 1850 in Sachen der Wittwe des Friedrich Kiehl in Erlenbach, Klägerin, gegen die Civildienerwittwenkasse, Beklagte, Vorzugsrecht im Concurse des Jakob Kiehl betreffend.

Digitized by Google

Das confirmatorische Erkenntniß des obersten Gerichts vom 12. Juli 1851 führte zu folgendem Eintrag in das Notizenbuch: Leistungen aus einem elterlichen Leibgeding sind auch da, wo dasselbe als Reallast erscheint, in so weit sie rückständig sind, nur als persönliche Forderungen zu betrachten und genießen daher in einem Concurse kein Vorzugsrecht[23]).

Auf der gleichen Seite steht ein Erkenntniß eines Gerichtshofs des Königreichs Hannover nach einer Mittheilung im dritten Jahrg. der juristischen Zeitung für das Königreich Hannover, 1828, Heft 2, Nr. 1: Ueber die Location rückständiger Altentheils-Prästationen im Concurse. Wenn sich ein abweichendes Gewohnheitsrecht nicht nachweisen lasse, erscheine ein solcher Anspruch nur als ein chirographorischer.

Schunck, Jahrbücher der jur. Literatur, Band XV. Erl. 1830, S. 95.

IV.

Umfang des Einsitzrechts des Gutsübergebers.

A.

Heinrich Reinhard von Großzimmmern schloß im Jahr 1820 mit seinem Sohn Georg einen Vertrag ab, dem zu Folge er demselben einen Theil seines unbeweglichen Vermögens, seine Hofraithe, für die Anschlagsumme von 500 Gulden überließ. Hundert Gulden sollte der Erwerber als Erbantheil für sich behalten; die übrigen 400 Gulden sollte er mit jedesmal 100 Gulden an seine vier Geschwister bei deren Verheirathung bezahlen[24]). Weiter wurde (Pos. 3) bedungen: „Die übergebenden

---

23) Gerau a. a. O. §. 39, S. 157. Purgold, das wissenschaftliche Princip des deutschen Privatrechts in der Anwendung auf das Leibgeding, unter Bezug auf den Gr. Hess. Gesetzesentwurf über das Sachenrecht. (Beilageheft zum XXXI. Bd. des Archivs für die civilistische Praxis) Heidelb. 1848, S. 26, 27.

24) Nach dem Gerichtsgebrauch im Erbachischen wird der zur Heraus-

Digitized by Google

Eltern behalten für sich, so lange sie leben, sich die Hälfte der ganzen Hofraithe zu ihrer Benutzung vor, und zwar den untern Stock". Nach richterlicher Bestätigung dieses Vertrags und nachdem er längst in Vollzug gekommen, nahm der Vater seinen verheiratheten Sohn Heinrich und dessen Familie zu sich. Auf Grund jener Pos. erwirkte der Sohn Georg ein Mandat, das dem Vater aufgab, jenen andern Sohn mit seiner Familie von sich zu weisen. Dieß Anlaß zu einer Klage gegen den Sohn Georg: Jener Vorbehalt sei nicht so zu verstehen, daß er, Kläger, Niemanden in seine Wohnung aufnehmen dürfe; die Worte „für sich" seien lediglich dem nunmehrigen Beklagten gegenüber gebraucht worden und bedeuteten nur so viel, daß Beklagter ihm die Wohnung zu seiner Benutzung überlassen müsse. Daher die Bitte: den Beklagten zu verurtheilen, dieses Recht zur freien Benutzung seiner Auszugswohnung anzuerkennen und Jeden, den er, Kläger, zu seiner Unterstützung aufnehmen wolle, ungestört zu lassen.

Der Beklagte excipirte: Kläger bedürfe keiner Aushülfe, da er, obgleich 68 Jahre alt, noch rüstig sei und nur noch einige Morgen Feld zu bebauen habe; er Beklagter, habe nur davon ausgehen können, daß seine Geschwister bei ihrer Verheirathung von ihm je 100 Gulden erhielten und dann, abgefunden, verbunden seien, das Haus zu räumen, und er nur gehalten sei, seinem Vater den lebenswierigen Einsitz zu lassen. Dieß bedeuteten die Worte: „für sich".

Die Replick des Klägers bestritt diese Interpretation. So wenig ihn der Vertrag gehindert hätte, im Fall des Schreitens zu weiterer Ehe seine Frau bei sich aufzunehmen, so wenig sei es ihm verwehrt, seinen Sohn und seine Familie [25]) oder sonst

---

zahlung an die übrigen Kinder bestimmte Theil des Kaufschillings als Erbgeld angesehen, dem der Vorzug vor den später entstandenen Pfandforderungen zusteht. Beck und Lauteren, Erbacher Landrecht S. 391.

25) Vgl. Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. 1844, S. 1014. Im Fortgange eines Berichts über die zweite Auflage

Digitized by Google

Jemanden zu seiner Unterstützung zu sich zu nehmen. Der Einwand, daß er keiner Hülfe bedürfe, sei ganz unerheblich.

Duplick: Bei Abschluß des Vertrags sei die Intention die gewesen, daß er, Beklagter, seinen Geschwistern den Aufenthalt im Hause nur so lange gestatten solle, als er deren Antheil am Hauskaufschilling in Händen habe und sein Vater höchstens mit seiner zweiten Ehefrau die Wohnung zu benutzen habe, nicht aber die, daß die Aufnahme einer weiteren Familie gestattet sein solle.

Davon ausgehend, daß der Ausdruck: „für sich" nicht ganz zweifellos, doch aber eher dahin auszulegen sei, daß das Recht auf den Kläger beschränkt sein solle, als umgekehrt, erkannte das Gericht (August 1833) dahin: Kläger habe zu beweisen, daß er sich bei dem Vorbehalt der Wohnung für sich zugleich das Recht vorbehalten, auch andere Personen aufzunehmen.

Kläger appellirte und bat, dahin zu reformiren: er habe das Recht zur freien Benutzung des vorbehaltenen Antheils an der Hofraithe, und Beklagter sei verbunden, Jeden, den er,

---

der Schrift von Schwarze und Heyne, Untersuchung praktisch wichtiger Motiven aus dem Gebiete des im Königreiche Sachsen geltenden Rechts. Nebst einem Anhange interessanter Erkenntnisse sächsischer Spruchbehörden. Dresden 1844, heißt es: „Die zehnte Abhandlung handelt vom Rechte des Auszüglers, seine erwachsenen Kinder in die abgesonderte Auszugswohnung mit aufzunehmen. Der Verf. behauptet, es stehe ihm dieses Recht nicht blos hinsichtlich derjenigen Kinder zu, welche sich durch Verehelichung der Anstellung einer eignen Wirthschaft noch gar nicht von ihm getrennt haben, sondern auch hinsichtlich derjenigen, bei denen diese Trennung zwar stattgefunden habe, deren Ehe oder eigene Wirthschaft aber später wiederaufgelöst worden sei. In diesem Umfange will auch der Verf. den hierher gehörigen Rechtssatz des königl. Ober-Appell.-Ger. in der Bekanntmachung vom 2. October 1839 verstanden wissen, daß nämlich der Auszugsperson jenes Recht zustehe, „„so lange ihre Kinder sich nicht durch Verehelichung oder durch Anstellung einer eigenen Wirthschaft von ihr getrennt haben"". Der Beurtheiler meint, es sei nur von den Kindern die Rede, welche sich noch nicht vom Auszügler getrennt hätten. Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 250.

Digitized by Google

Kläger, zu seiner Unterstützung aufnehmen wolle, ungestört zu lassen. Zur Begründung suchte er nachzuzeigen, daß jener Ausdruck „für sich" nur die ihm günstige Bedeutung habe. Damit habe nichts anderes ausgedrückt werden sollen, als die Absicht, die Hofraithe so zu theilen, daß diese auf den Beklagten übergehen, aber die eine Hälfte ihm, dem Kläger, zur Benutzung bleiben solle. Wäre aber auch jener Ausdruck nicht zweifellos, so müsse er doch eher dahin ausgelegt werden, daß die vorbehaltene Benutzung nicht auf die Person des Auszüglers beschränkt sei; denn er, Kläger, habe nur seine Hofraithe, nicht sein ganzes Vermögen übergeben, sich, was Beklagter selbst angebe, seine Feldgüter vorbehalten, was zum Beweise diene, daß es nicht seine Absicht gewesen, sich so zu beschränken, daß er in seinen Feldbau, aus dem er seine Subsistenz gewinne, und den er als Greis nur mit fremder Beihülfe besorgen könne, gehindert sei. Darauf deute auch der Umstand hin, daß er sich das untere Stockwerk vorbehalten, das für den Landbau das geeignetste sei.

In dem Appellationsbericht hob das Untergericht noch hervor: Es habe sich zu seinem Bescheide um so mehr bewogen gefunden, als die Gewohnheiten der Landleute in dem Sitze im Hause das Recht, noch einen Haushalt aufzunehmen, nicht erkennten. Namentlich würden verheirathete Geschwister des Hausübernehmers nie im Hause geduldet, nur ledige; die Weisheit dieser Gewohnheit sei unverkennbar; sie halte Anlässe zu Familienzwisten fern, was der Fall lehre. Hiernach sei der Vertrag auszulegen.

Unterem 28. Februar 1834 reformirte Gr. Hofgericht der Prov. Starkenb., im Wesentlichen der Bitte des Klägers entsprechend.

Hierauf Oberappellation des Beklagten mit dem Gesuche um Herstellung des Bescheids erster Instanz.

Unterm 13. October 1836 schlug das oberste Gericht die Appellationsprozesse ab.

Das Gutachten des Referenten hob hervor, daß jener Aus-

Digitized by Google

druck: „für sich“ nicht klar sei, so daß Regeln der Auslegung zu Hülfe zu nehmen seien, um die den Intentionen der Contrahenten entsprechende Bedeutung zu ermitteln. Dem Sohn sei das Haus überlassen worden, so daß er Eigenthümer desselben geworden und nur beschränkt erscheine durch den elterlichen Vorbehalt; so sei nichts natürlicher, als das, beiden Contrahenten die Absicht zu unterlegen, daß diese Beschränkung sich im engsten Kreise halten, daß die Eltern die Wohnung auf die ihren persönlichen Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechende Weise benutzen sollten.

Das Gutachten fügte bei, Kläger habe zwar darauf hingedeutet, daß jener Ausdruck sich auf das Verhältniß zwischen den Paciscenten beziehe, gab aber zu bedenken, daß derselbe für diesen Zweck unnöthig gewesen, da der Vorbehalt allein genüge.

Weiter legte das Gutachten Gewicht auf die Natur des Geschäfts: ein auf deutsche Sitten und Gewohnheiten gegründeter, eine anticipirte Erbtheilung[26]) bezweckender Anschlagsvertrag (Kläger habe in der Klagschrift den Vertrag richtig Gutsanschlag und die vorbehaltene Wohnung Auszugswohnung genannt). Daraus ergebe sich eine Beschränkung des Wohnungsvorbehalts auf die Person und das individuelle Bedürfniß.

Runde, von der Leibzucht §. 30.

Hagemann, prakt. Erörterungen, Bd. VII, Nr. 51.

Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. IV, Abh. VIII.

Zwar hätten diese Rechtslehrer überall den Fall vor Augen, da ein ganzes Gut den Gegenstand bilde, während hier nur ein einzelnes Object angeschlagen worden und der Anschlagende seine Feldgüter für sich behalten, so daß man nicht sagen könne, daß er sich auf den Altentheil gesetzt habe[27]). Indessen stehe dies wohl der Anwendung der in Ansehung eines allgemeinen Guts-

---

26) Runde, über die verfrühte Erbfolge im Gebiete des deutschen Privatrechts (im VII. Band der Zeitschrift für deutsches Recht. Leipzig 1842. Nr. 1) S. 19—26. Dieses Archiv, Bd. III, S. 433.

27) Vergl. den ersten Band dieses Archivs, S. 41 des 2. Heftes.

Digitized by Google

anschlags herrschenden Grundsätze um so weniger entgegen, als derselben auch das Zeugniß im Appellationsberichte das Wort rede.

Diesem Gutachten schloß sich das Votum an, durch Herstellung des landgerichtlichen Bescheids zu reformiren.

Dagegen war das Gutachten des Correferenten darauf gerichtet, die Appellationsprozesse abzuschlagen. Er äußerte sich im Wesentlichen dahin: Nach der entscheidenden Stelle des Vertrags hat sich Kläger die Hälfte der Hofraithe, insbesondere die Wohnung im Erdstock vorbehalten, und zwar zur Benutzung. Dieses Wort ist dem Sprachgebrauche nach nicht auf ein eingeschränktes Gebrauchsrecht, einen usus, sondern auf den Nießbrauch (ususfructus) zu beziehen. Da aber der Usufructuar die Ausübung seines Rechts Dritten auf jede Weise übertragen kann, wenn nur dadurch dem Eigenthümer kein Schaden erwächst,

Wenig-Ingenheim II, §. 74.

so hat Kläger die gesetzliche Regel für sich. Es fragt sich nur, ob der vorliegende Fall einer Ausnahme unterliegt? Diese Frage ist zu verneinen. Denn was vorerst jenen Ausdruck angeht, so ist er ohne Gewicht, weil diese Worte, wie Kläger richtig bemerkt, nur in Bezug auf den Beklagten beigefügt sind, nur ausdrücken sollen, daß er kein Recht auf die Benutzung der ganzen Hofraithe haben solle, die Eltern sich vielmehr die Benutzung der Hälfte derselben vorbehielten. Es liegt darin kein wesentlicher Unterschied, ob es heißt:

„sie behalten sich vor“ oder: „sie behalten sich für sich vor“. Ebenso wenig scheint die Natur des Anschlagsvertrags zu Gunsten des Beklagten zu reden. Dieses ist ein Verkauf, und zwar der einer einzelnen Sache, der Hofraithe, wobei jedoch hinsichtlich des Kaufschillings und dessen Berichtigung allerdings auf die Eigenschaft des Käufers, als eines vermuthlichen Erben des Verkäufers, Rücksicht genommen und darum beliebt wurde, daß jener an die Geschwister des Beklagten bezahlt, resp. als eigner Erbantheil einbehalten werden solle. Ein Leibgedingsvertrag

Digitized by Google

ist darin nicht zu erkennen; denn nur die Hofraithe wurde angeschlagen; das übrige Vermögen, namentlich die Feldgüter, behielten die Eltern für sich. Sie setzten sich nicht auf den s. g. Altentheil, stipulirten sich keinen Auszug, beschränkten sich nur in ihrer Wohnung und überließen dem Sohn das Eigenthum der Hofraithe, vermuthlich, um ihm eine eigne Niederlassung zu bereiten. Alles das, was Runde a. a. O. vorträgt, ist hier weder direct, noch analog anzuwenden. Denn es ist nicht zu verkennen, daß zwischen der rechtlichen Natur des Leibgedingsvertrags und der eines blosen Anschlags eines einzelnen Vermögenstheils durch Verkauf, ebenso zwischen dem Vorbehalt eines blosen Einsitzes in dem Hause, wie er zu Gunsten des Leibzüchters gewöhnlich, und dem Vorbehalt des Benutzungsrechtes eines bestimmten Theils des überlassenen Hauses in der angeregten Beziehung ein wesentlicher Unterschied obwaltet. Auch sonst findet sich der Fall nicht so geeignet, um daraus eine Vermuthung zu Gunsten des Beklagten herleiten zu können. Zwar wird vom Hr. Referenten relevirt: dem Sohn sei das Haus gegen eine gewisse Anschlagssumme eigenthümlich überlassen, und er sei hierdurch zwar voller Eigenthümer des Hauses, sein Eigensthumsrecht aber hinsichtlich des ihm inhärirenden Rechts der Benutzung durch jenen Vorbehalt beschränkt worden; nichts sei nun natürlicher, als die beiderseitige Absicht zu unterlegen, daß diese Beschränkung den Sohn möglichst wenig belästigen, daß somit die Eltern die ihnen auf Lebenszeit überlassene Wohnung auf die ihren persönlichen Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechende Weise zu benutzen haben sollten, nicht aber, daß denselben ein unbeschränktes Benutzungsrecht und somit die Befugniß zugestanden sein solle, beliebig über die Wohnung zu verfügen, Andere darin aufzunehmen und ihnen zu gestatten, darin zu treiben, was ihnen beliebte. Es darf aber gegenüber dieser von dem Hr. Referenten zu Gunsten des Beklagten geltend gemachten Vermuthung nicht außer Acht gelassen werden, daß jener Anschlagsvertrag vom Kläger ausgegangen ist und es vorzugsweise von ihm abhing, die Bedingungen zu bestimmen,

Digitized by Google

unter denen er die Hofraithe dem Sohn überlassen wolle. Der Vertrag blieb unter allen Umständen für diesen sehr vortheilhaft. Abgesehen davon, daß bekanntlich bei solchen Anschlägen der Kaufpreis nicht dem Werth des Angeschlagenen gleichkommt, gewann der Beklagte den Vortheil, den Kaufschilling theils einzubehalten, theils nur nach und nach abzutragen. Der Vertrag enthielt also eine Begünstigung und in so fern eine Liberalität des Klägers, der sich freiwillig beschränkte. Zur Auffassung des Sinns und Umfangs dieser Selbstbeschränkung scheint daher nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die engste Auslegung eintreten zu müssen; die Vermuthung spricht dafür, daß Kläger sich so wenig, als möglich beschränkt, auf so wenig als möglich Verzicht geleistet, daß er insbesondere nicht auf Rechte verzichtet hat, welche gesetzlich in dem vorbehaltenen Benutzungsrecht enthalten sind. Auf das vom Unterrichter berührte Herkommen ist um so weniger Rücksicht zu nehmen, als Beklagter selbst solches für seine Intention nicht behauptet hat.

Aus den in dieser Correlation entwickelten Gründen wurde durch Mehrheit so erkannt, wie oben gedacht.

B.

Im Jahr 1840 verkaufte die Wittwe des Wilhelm Werner zu Maulbach dem Valentin Dietz daselbst ihre Hofraithe um die Summe von 1071 Gulden, namentlich unter dem Beding: „Die kleine Stube nebst Kammer daran bleibt der Verkäuferin zum lebenslänglichen Einsitz, die Küche und Keller aber zum Mitgebrauch vorbehalten“.

Im Febr. 1842 trat der Käufer gegen den Sohn der Verkäuferin, Johann Werner, klagend auf, vorstellend: Beklagter halte sich bei seiner Mutter auf; da er sich anmaße, in der Wohnung, welche sich diese vorbehalten, das Schreinerhandwerk zu betreiben, so bitte er, Kläger, den Beklagten zur Anerkennug der Freiheit seines in dieser Beziehung nicht belasteten Eigenthums

und folgeweise zur Unterlassung dieses Geschäftsbetriebs zu verurtheilen.

Der Beklagte entgegnete: Seine Mutter habe das Recht, daß in ihrer Wohnung die Arbeiten vorgenommen würden, durch welche sie sich ernähre; die Schreinerarbeiten, denen er sich zuweilen unterziehe, kämen seiner Mutter zu gut, gegen die sonach die Klage zu richten sei.

In der Replik bezog sich Kläger auf jenen Vorbehalt, hervorhebend, solche Vorbehalte müßten ganz streng nach dem Ausdruck ausgelegt werden; zur Zeit des Kaufs seien die Kinder der Verkäuferin schon geboren und erwachsen gewesen; hätte mithin auch für sie der Einsitz angesprochen werden wollen, so hätte dieses bedungen werden müssen; es sei ein großer Unterschied, ob nur einer Person oder mehreren der Einsitz zustehe, und ein Handwerk, und zwar ein so geräuschvolles, wie das der Schreinerei, betrieben werde, auch abgesehen von den Nachtheilen, denen dadurch jener Theil des Hauses ausgesetzt sei. Hätte die Verkäuferin auch den Einsitz für ihre Söhne angegesprochen und verlangt, daß dem einen oder dem anderen gestattet sein solle, in der vorbehaltenen Wohnung ein Gewerbe zu treiben, so würde er sich nicht zu dem Ankauf entschlossen oder für die Hofraithe weniger gegeben haben. Im Namen seiner Mutter könne Beklagter das Schreinerhandwerk nicht treiben, da diese nicht die Wittwe eines Schreinermeisters sei; auch sei er nicht zu deren Ernährung berufen, da sie von dem Ertrage ihrer Grundstücke und sonstigen Vermögens gut leben könne.

In seiner Schlußerklärung suchte Beklagter wiederholt auszuführen, daß kein Klagrecht gegen ihn bestehe, übrigens ein Auszügler berechtigt sei, Kinder oder Gesinde bei sich aufzunehmen und durch solche für sich arbeiten zu lassen; eine solche Berechtigung, vielfach durch die Praxis anerkannt, sei eine unerläßliche Bedingung der Existenz des Auszüglers, der in der Regel durch Alter, Krankheit u. s. w. hilfsbedürftig sei und des fremden Beistandes bedürfe; nur dieses Recht habe er für seine

Digitized by Google

betagte Mutter angesprochen, nicht aber einen Einsitz für seine Person. Der Umstand, ob diese die Wittwe eines Schreinermeisters sei und Vermögen besitze, oder nicht, alterire ihr Auszugsrecht nicht.

Das Landgericht erkannte, daß die Aburtheilung in der Hauptsache auszusetzen und Beklagter vorerst zu beweisen habe, daß er die Schreinerprofession im Hause des Klägers Namens seiner Mutter bisher betrieben habe. In Folge hiervon brachte Beklagter eine Erklärung seiner Mutter, daß dieses richtig stehe, bei und übergab gleichzeitig eine Vollmacht derselben, in der sie das bisherige Verfahren anerkannte.

Unterm 18. Juli 1842 erließ das Landgericht folgendes Erkenntniß:

In Sachen des Valentin Dietz in Maulbach, Klägers, gegen Joh. Werner, resp. dessen Mutter, Wilhelm Werners Wittwe zu Maulbach, Beklagte, Negatorienklage betreffend, wird in Erwägung:

1) Daß der Beklagte behauptet, seither die Schreinerprofession nur im Namen seiner Mutter, welche in der fraglichen Stube ihr Einsitzrecht habe, betrieben zu haben und seine Mutter auch die Rolle des Beklagten dadurch übernommen, daß sie der Erklärung ihres Sohnes beigetreten ist;

2) daß der fragliche Einsitz zwar für die Mutter ein rein persönliches Recht ist, so daß sie diesen nur für sich, nicht aber für ihre Kinder in Anspruch nehmen kann, was der zu den Acten übergebene Kaufbrief nicht zweifelhaft läßt, daß dagegen die Frage, ob die Einsitzberechtigte, welcher eine ganze Stube, nicht blos die Mitbenutzung einer solchen zur Wohnung reservirt ist, die Mitbewohnung dieser Stube einem Andern zu überlassen berechtigt sei, dahin zu beantworten ist, daß sie hierzu befugt und sogar Fremde in diese Stube aufzunehmen berechtigt sei;

3) daß hiernach, wenn die Einsitzberechtigte in dieser Stube durch ihren Sohn die Schreinerprofession betreiben läßt, sie nur die ihr aus dem vorbehaltenen Einsitzrechte zustehenden Befugnisse ausübt, während umgekehrt, wenn sie nur die Mitbe-

Digitized by Google

wohnung einer Stube oder eines Hauses als Einsitzrecht besäße, ihr das Recht, die Mitbewohnung einem Andern zu überlassen, nicht zustünde;

4) daß Kläger, während die Einsitzberechtigte behauptet, daß sie durch ihren Sohn die Schreinerprofession betreiben lasse, dieses in Abrede stellt und ihm daher noch der Beweis nachzulassen ist,

wird zu Recht erkannt:

daß der W. Werners Wittwe zwar unverwehrt sei, die Schreinerprofession in der von ihr zum Einsitz reservirten Stube durch ihren Sohn für sich betreiben zu lassen und Kläger darum mit seiner Klage — abzuweisen sei, er könnte dann — beweisen, daß der Betrieb dieses Handwerks in jener Stube von Joh. Werner für eigne Rechnung, nicht aber im Namen seiner Mutter geschehen, hiernach dieser ein ihm für seine Person nicht zustehendes Gebrauchsrecht sich angemaßt habe 2c.

Hiergegen Appellation des Klägers, der namentlich darin eine Beschwerde fand, daß ihm ein Beweis aufgebürdet und nicht vielmehr sofort zu seinen Gunsten erkannt worden wäre.

Gr. Hofgericht schlug unterm 15. Februar 1843 die Appellation ab, worauf Kläger zur Oberberufung schritt und um Reformirung dahin bat: daß der Beklagten das Recht nicht zustehe, in ihrer Stube das Schreinerhandwerk zu treiben oder betreiben zu lassen, und ihr sonach die Ausübung desselben bei Strafe zu verbieten sei.

Das Gutachten des Referenten wurde im Wesentlichen dahin erstattet: Aus dem Recht der Beklagten, jene Wohnung zu benutzen, folgt nicht, daß sie sich darin beliebig bewegen und darin vornehmen kann, was sie will. Der Referent voriger Instanz hat sich zu fest an den römisch-rechtlichen Begriff von dem dinglichen Recht einer Servitut gehalten und das deutschrechtliche Institut des Auszugs außer Acht gelassen. Der Leibzuchtsvertrag — und daß ein solcher hier vorliege, ergibt sich aus den Stipulationen des vorliegenden Vertrags — ist berechnet

Digitized by Google

auf die Persönlichkeit des Eigenthümers und des Leibzüchters, auf die Lebensweise und den Charakter beider Theile, so wie auf deren beiderseitigen Beschäftigungen. Der Eigenthümer, der einer alten Bäuerin, gewohnt am Spinnrad zu sitzen[28]) oder sich mit der Nadel zu beschäftigen, eine Wohnung in seinem Hause einräumt, würde sich auf einen dahin gerichteten Leibzuchtsvertrag nicht einlassen, könnte er unterstellen, daß fremdartige lärmende Geschäfte, an welche, nach dem ganzen Zusammenhang der Sache beide Theile, oder mindestens der eine Theil, nicht denken konnten, von dem Leibzüchter in der ihm eingeräumten Wohnung vorgenommen werden sollten. Aus dem rein persönlichen Charakter des Auszugsvertrags folgt dann auch die Unveräußerlichkeit der Rechte desselben, ein Merkmal, das Niemand verabredet, während die Entscheidungsgründe des Landgerichts einräumen, daß der Leibzüchterin das Recht nicht zustehe, das Einsitzrecht für ihre Kinder anzusprechen. Betrachtet man nun den Zweck und die Natur des Vertrags, so muß man zugestehen, daß es der Intention der Partheien ebensowohl widerstreite, wenn man die Betreibung des Schreinerhandwerks in der zur Wohnung bestimmten Stube gestatten, als wenn man die Uebertragung der Rechte auf eine ganz andere Person einräumen wollte. Selbst die Worte jener Stelle des Vertrags sind sprechend. Denn der Ausdruck: Einsitzen heißt offenbar „wohnen" im strengen Sinne des Worts, nicht aber ein öffentliches Geschäft treiben. Gegenüber dem Unterschied, den das Landgericht hervorhob, ist es gleichgültig, ob die Auszüglerin das Handwerk für ihre Rechnung betreibe oder ihrem Sohn gestatte, es für sich zu betreiben, indem der Eigenthümer jedenfalls in seiner Ruhe, auf die er bei Einräumung des Auszugs gerechnet hatte, gestört wird.

---

28) Pfeiffer theilt a. a. O. (Thl. 4 seiner prakt. Ausführ.) S. 275. ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom Jahr 1835 mit, dem zu Folge einer Einsitzberechtigten das Recht zugesprochen wurde, in der Wohnstube des Eigenthümers des Hauses, in der sie sich aufhalten dürfte, zu spinnen.

Digitized by Google

Auch der Gesichtspunkt ist noch hervorzuheben, daß jede Leibzucht, also auch das vorbehaltene Wohnungsrecht, den Charakter von Alimenten an sich trägt und somit die Wohnung auch nur so weit benutzt werden darf, als der Zweck reicht. Daher ist es dem Leibzüchter unverwehrt, irgend Jemanden zu seiner nothwendigen Bedienung zu sich zu nehmen. Die Betreibung des der Leibzüchterin ganz fremden Schreinerhandwerks steht eben so wenig unter dem Begriff der Alimentirung, als etwa das Halten einer Schenkwirthschaft oder eines Kramladens.

Mit dem bisher Entwickelten sind auch angesehene Germanisten einverstanden. So nennt Mittermaier: Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 199 und Maurenbrecher: Lehrbuch des gem. deutschen Rechts §. 679 das Recht der Leibzucht ein höchst persönliches. Specieller noch läßt sich darüber Runde: von der Leibzucht, S. 396 dahin aus:

> „Eine wichtige Einschränkung des dem Leibzüchter unter diesen Ausdrücken gestatteten Nutzungsrechts ist zwar schon gemeinrechtlich begründet, aber nicht durch die römischen Gesetze, sondern durch den Zweck und die Absicht der Verstattung. Es ist die, daß der Insitz schlechterdings auf des Leibzüchters und der Seinigen individuelles Bedürfniß eingeschränkt ist, daß durchaus seine Lebensart, seine Eigenschaften und sein ganzes persönliches Verhältniß mit dem Colonus, dessen Hausgenosse er werden will, dabei berücksichtigt sind, Rücksichten, welche um so mehr geschont werden müssen, je engere Verhältnisse das Zusammenwohnen in Bauernhäusern gewöhnlich veranlaßt".

Hiernach bin ich der Ansicht, daß der Beschwerde stattzugeben sei.

Abweichend sprach sich das Gutachten des Correferenten aus: Es handle sich hier nicht von dem deutschrechtlichen Institute der Leibzucht, sondern von einem Wohnungsrecht (Einsitz), das sich die Beklagte bei dem Verkaufe ihres Hauses an Jemanden, der weder in Bezug auf ihre Person, noch in Bezug auf dieses Haus mit ihr in einem näheren Verhältnisse stand, vorbehalten habe. Warum nun darauf nicht die Grundsätze der

römischen habitatio anzuwenden seien, dafür finde er keinen genügenden Grund. Nach diesen Grundsätzen sei der habitator befugt, die Ausübung seines Rechts einem Andern zu überlassen, ohne selbst in dem Hause zu wohnen, namentlich die Wohnung zu vermiethen,

§. 5. Inst. de usu et habit. (2, 5).

L. 13. Cod. de usufr. et habit. (3, 33).

Glück, Erläuter. der Pand. Th. 9, S. 460 2c.

und, wie Glück behauptet, unentgeldlich einzuräumen[291]). Mit Grund werde auch im Appellationsberichte des Landgerichts die Frage hervorgehoben, wo die Grenzlinie gezogen werden solle, wenn man die Beklagte so, wie ihr Gegner intentionire, in ihrem Rechte beschränken wolle. Daher das Votum: die Appellationsprozesse abzuschlagen.

Das Tribunal adoptirte die Ansicht des Referenten und erließ unterm 24. November 1843 folgendes Erkenntniß: In Sachen 2c. wird — verordnet: daß die Erkenntnisse des Landgerichts — und des Gr. Hofgerichts — aufzuheben und statt deren dahin zu erkennen sei, daß der Beklagten das Recht nicht zustehe, in ihrer Einsitzstube in dem Hause des Klägers die Schreinerprofession zu betreiben oder betreiben zu lassen, und dem gemäß ihr die Ausübung dieser Profession bei Vermeidung rechtlicher Zwangsmittel zu verbieten sei.

Im Februar 1844 erhob die so als Beklagte unterliegende Wittwe Werner gegen den als Kläger obsiegenden W. Dietz eine auf Vertragserfüllung und Entschädigung gerichtete Klage, namentlich dahin, daß sie ihre bei ihr lebenden Kinder bei sich behalten dürfe, also nicht verbunden sei, sie, in Gemäßheit des Verlangens des nunmehrigen Beklagten, aus dem Hause zu entfernen. Dieser erhob eine Widerklage dahin, daß er nicht verbunden sei, zu gestatten, daß die Widerbeklagte ihre beiden Söhne bei sich habe, weil dieß bei dem Hausverkauf nicht bedungen worden sei. Die Widerbeklagte entgegnete: sie habe sich

---

291) Häusel a. a. O. S. 88—93.

Digitized by Google

bestimmte Räume vorbehalten, um sie zu bewohnen. Damit sei nach der Absicht des Vertrags, resp. der Contrahenten und dem in dem Dorfe und in der Gegend herrschenden Gewohnheitsrecht auch das Recht des Leibzüchters, seine zur Zeit des Vertrags bei ihm wohnenden Kinder ledigen Standes fernerhin bei sich wohnen zu lassen, verbunden. Dieß wäre ihr auch bisher stillschweigend und factisch eingeräumt worden.

Widerkläger replicirte: Er stelle ein solches Gewohnheitsrecht in Abrede; der Vertrag sei entscheidend; das, was nicht vorbehalten worden, könne nicht angesprochen werden.

Die Abweisung des Widerklägers wurde in zweiter Instanz bestätigt, daher er die Oberappellation zur Hand nahm, und sich namentlich dahin äußerte: Das Gericht voriger Instanz gehe davon aus, daß das vorbehaltene Wohnungsrecht nach den Grundsätzen der römischen habitatio beurtheilt werden müsse; allein mit Unrecht, wenn man den Inhalt des Kaufvertrags erwäge, aus welchem hervorgehe, daß der Widerbeklagten mit dem Vorbehalt des Wohnungsrechts nur jenes höchst persönliche Recht eingeräumt werden solle, welches als eigenthümliches deutsches Institut unter dem Namen des Einsitzrechts vorkomme und dessen Ausdehnung auf andere Personen unstatthaft sei. Das Gericht voriger Instanz würde sich gewiß auch zu dieser Ansicht bekannt haben, wenn es die deutschrechtliche Eigenthümlichkeit dieses Wohnungsvorbehalts nicht auf den elterlichen Einsitz beschränkt hätte, wozu kein rechtlicher Grund vorhanden. Wie höchst persönlicher Natur ein solcher deutschrechtlicher Einsitz sei, ergebe sich daraus, daß derselbe nach der Einräumung des Gerichts voriger Instanz nicht einmal auf die noch unversorgten Kinder des Einsitzberechtigten ausgedehnt werden dürfe, insofern hierüber keine besondere Uebereinkunft bestimme. Wolle man aber auch eine solche Ausdehnung gelten lassen, so könne sie doch nicht den vorliegenden Fall umfassen da die Söhne der Widerbeklagten die Jahre der Großjährigkeit erreicht hätten und zur selbstständigen Existenz befähigt seien, auch selbstständig wären, indem der eine Taglöhner, der andere Schreiner sei. Wie wenig der Umfang dieses

Digitized by Google

Wohnungsrechts nach den Grundsätzen der römischen habitatio beurtheilt werden dürfe, erhelle daraus, daß es sonst der Widerbeklagten gestattet wäre, mit Verlassung ihrer Wohnung diese zu vermiethen, sohin daraus Gewinn zu ziehen, was bei der habitatio der Fall sei; dieß würde aber der Absicht der Contrahenten eben so wenig entsprechen, als wenn man ihr die Befugniß einräumen wollte, diese Wohnung zu verlassen und sie unentgeldlich einem Andern zu überlassen. Ein fernerer Unterschied trete darin hervor, daß der habitator die Lasten und Kosten gleich dem Usufructuar tragen müsse, während, wie sich aus dem Vertrage ergebe, die Gegnerin gleich jedem Einsitzberechtigten hievon befreit sei. Auch komme in Betracht, daß die habitatio nur einem Bedürftigen eine Wohnung als Almosen einräume,

Thibaut, Civilistische Abhandlungen. Heidelb. 1814. II. Ueber die römische *habitatio* u. s. w., S. 31.

und die Gegnerin diese Bedingung ihres Rechts nicht behauptet habe.

Das erstattete Gutachten blickte auf das frühere Erkenntniß des Tribunals zurück: Bei Erlassung desselben sei von einer habitatio abgesehen worden. Dennoch liege kein Grund vor, der Widerbeklagten die Befugniß, ihre Söhne in ihrer abgesonderten Wohnung zu beherbergen, abzusprechen. Ein im Sinne des germanischen Rechts Einsitzberechtigter sei Herr in seiner Wohnung, über deren Benutzung er verfügen dürfe, in so weit die Eigenthümlichkeit seines Rechtsverhältnisses zu dem Eigenthümer keine Beschränkung bedinge. Diese Eigenthümlichkeit trete vorzüglich darin hervor, daß Ersterer mit Letzterem in die Beziehung eines Hausgenossen trete, also in ein Verhältniß, das beide, und zwar auf die ganze Dauer des Lebens des Berechtigten, in die nächste Berührung bringe. Daß bei vertragsmäßiger Erzeugung eines solchen Einsitzrechts auf die Persönlichkeit, die Eigenschaften, das Gewerbe und die Lebensweise des Berechtigten besondere Rücksicht genommen werde, sei einleuchtend, so daß sie auch bei Beurtheilung der Frage, in welcher Weise jenes Recht ausgeübt werden könne, nicht außer Acht ge-

Digitized by Google

lassen werden dürfe. Wohl möge es darum einer Einsitzberechtigten Bäuerin nicht zustehen, in ihre Wohnung den Betrieb eines neuen, ihrer bisherigen Lebensweise nicht entsprechenden, den Eigenthümer störenden Gewerbes zu verlegen, weil dieß bei Constituirung des Einsitzes nicht habe unterstellt werden können, mit den Intentionen der Contrahenten, sowie mit den Rücksichten, nach denen der Umfang des Einsitzrechts bemessen werden müsse, nicht vereinbar sei. Indessen seien diese und ähnliche Beschränkungen Ausnahmen von der Regel, die eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedürften. Der Umstand, daß das Recht der Widerbeklagten blos für ihre Person verliehen worden, könne nicht als ein solcher Rechtfertigungsgrund angesehen werden, weil jene Regel auf jedes ohne ausdrückliche Einschränkung verliehene Einsitzrecht, wobei dem Berechtigten eine abgesonderte Wohnung eingeräumt werde, Anwendung leide, so daß in der Art, in der das in Rede stehende Einsitzrecht constituirt worden, durchaus nichts besonderes gefunden werden könne. Widerkläger hätte daher, wenn er nicht gestatten wollte, daß seine Gegnerin ihre Söhne zu sich in ihre abgesonderte Wohnung mitnähme, seine Einsprache besonders begründen müssen. Dieses habe er jedoch nicht gethan, er habe nicht einmal behauptet, daß, und in wie fern jene Aufnahme für ihn mit irgend erheblichen Unzuträglichkeiten verbunden sei, vielmehr seine Einsprache blos darauf gestützt, daß sich seine Gegnerin das Recht zur Aufnahme nicht vorbehalten habe. Dieses Vorbehalts bedürfe es aber nicht, weil, so lange nicht besondere Verhältnisse eine Aufnahme rechtfertigen, angenommen werden müsse, daß in dem Einsitzrecht, auch die Befugniß zur Aufnahme der zur Zeit seiner Constituirung lebenden Familienglieder, als Ausfluß des damit verbundenen Nutzungsrechts regulariter begriffen sei[30]). Die Großjährigkeit

30) Pfeiffer a. a. O. Bd. VIII, S. 386, 387: Das O.A.Ger. bestätigte die Abweisung des Klägers, „indem vorliegend, wo die Auszugswohnung in, zur ausschließlichen Benutzung des Auszögers bestimmten abgesonderten, Räumen des Hauses besteht,

Digitized by Google

der Söhne und ihre Fähigkeit, sich selbstständig zu ernähren, sei gleichfalls kein Versagungsgrund, weil die Großjährigkeit schon zur Zeit der Eingehung des Vertrags eingetreten war und es sich so nicht behaupten lasse, daß unterdessen eine Veränderung eingetreten sei, mit der sich eine fernere Gestattung des Aufenthalts bei der Mutter nicht vereinigen lasse, zumal Widerkläger ebenso wenig behauptet habe, daß die Söhne zur Zeit des Vertrags nicht mehr bei ihrer Mutter gewohnt hätten, vielmehr erst später von ihr aufgenommen worden wären.

Durch Erkenntniß vom 20. August 1845 schlug das oberste Gericht die Appellationsprozesse ab.

Vergl. Hänsel a. a. O. S. 142, 152.

V.

Umfang des Einsitzrechts der Geschwister des Gutsübernehmers.

Ein bäuerliches Ehepaar schlug sein Gut dem Sohn an und behielt sich nicht nur für sich einen Auszug vor, sondern auch für ihre beiden ledigen Töchter das Einsitzrecht[31]). Nachdem das Ehepaar gestorben und der Eigenthümer des Guts dasselbe an einen Fremden verkauft hatte, erhob sich zwischen diesem als Beklagten und den beiden Einsitzberechtigten als Klägerinnen ein Rechtsstreit. Darüber waren beide Theile einig, daß Letztere eine Stube des Wohnhauses unentgeldlich bewohnen

---

eine wesentlich größere Belastung des Gutsbesitzers als solchen durch die den Ersteren gestattete Aufnahme der betreffenden Familienglieder „ohne Weiteres nicht angenommen werden" könne.

31) Vergl. Beck und Lauteren: das Erbacher Landrecht, S. 402. Nach zwei dort aufgeführten Erkenntnissen aus den Jahren 1810 und 1820 ist die Geburt eines unehelichen Kindes kein Grund zur Entziehung des Einsitzrechts; es erstreckt sich aber nicht auf das Kind. Meine Mittheilungen Th. 3, Darmst. 1831. S. 125, 126, *Habitatio* nach deutschem Recht. Nach dem Zeugnisse Pfeiffer's a. a. O. Thl. 8, S. 390 geht die Rechtssprechung des O.A.Ger. in Cassel dahin, daß auch das uneheliche Kind aufgenommen werden darf.

Digitized by Google

wirkten. Dagegen bestritt Ersterer das Verlangen der Letzteren, daß ihnen ein Raum außerhalb der Stube zur Bereitung ihrer Nahrung und Aufbewahrung des Brennstoffs, sowie der gewonnenen Asche eingeräumt werde. Das Gericht erster Instanz erkannte zu Gunsten der Klägerinnen, in Erwägung, „daß nach dem jetzigen Culturzustande zu einer Wohnung ein Platz zum Kochen außer der Wohnstube, sowie ein solcher zum Aufbewahren der Brennvorräthe nothwendig gehört, auch, da die Asche als feuergefährlich nicht im Zimmer aufbewahrt werden kann, ein Platz zur Aufbewahrung im Keller oder im Hofe erforderlich ist".

Auf Berufung des Beklagten reformirte Gr. Hofgericht der Prov. Starkenberg unterm 13. Nov. 1845 durch Verwerfung der Klage.

Nun Oberberufung der Klägerinnen.

Das Gutachten des Referenten erachtete die Beschwerde als gerechtfertigt: Ich bin — sagt der Ref. — einverstanden mit dem Referenten voriger Instanz, daß das hier in Rede stehende Einsitzrecht nicht nach dem römisch-rechtlichen Grundsätzen über habitatio[32]),

32) Vergl. Sammlung interessanter Beschlüsse des Gr. Hofgerichts der Prov. Starkenb. Nr. 339: „Umfang des in Uebergabs- und Anschlagsbriefen den ledigen Geschwistern stipulirten freien Ein-, Ausgangs- und Aufenthaltsrechtes. Der freie Ein- und Ausgang, der in den s. g. Uebergabs- und Anschlagsbriefen den Geschwistern vorbehalten zu werden pflegt, ist als servitus habitationis zu betrachten. Gerichtsmann Leonhard Arnold zu Hartenrod gegen Barbara, Eva und Catharina Schmidt daselbst. 30. März 1855". Diesem Erkenntnisse Gr. Hofgerichts liegt ein vom Correferenten getheiltes Gutachten zu Grund, im Wesentlichen dahin gehend: Mit Recht bezeichnen die Appellaten (die Geschwister Schmidt, die Klägerinnen) das angesprochene Einsitzrecht als eine persönliche Servitut, die auf der angeschlagenen Hofraithe haftet. Gegenstand soll sein der freie Ein- und Ausgang und Aufenthalt im Hause, die Nebenstube mit Kammer zur Aufbewahrung der Effecten und zur Lagerstätte, das Kochen am Heerde, das Wärmen am Ofen. Solche Gerechtsame tragen nicht den Charakter persönlicher Verpflichtung, sondern den der Servitut an sich. Als solche geht das Einsitzrecht auf jeden Besitzer der dienenden Sache über. (Derselbe Rechtsstreit hatte auch zu folgender Aufzeichnung

Digitized by Google

sondern als deutschrechtliches Institut[23]) in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen nach den aus der Natur der Sache her-

Anlaß gegeben: „Nr. 338: Edicttalladungen bei Concursen. Eine Edictalladung, welche zur Anmeldung „„von Forderungen““ oder auch „„von Forderungen jeder Art““ auffordert, ist nicht als an dinglich Berechtigte erlassen anzusehen, und diese können auf den Grund einer solchen Ladung, wenn sie ihre Ansprüche nicht anmelden, nicht ausgeschlossen werden“. Das Gutachten hatte sich in dieser Beziehung dahin ausgesprochen: Wie bei andern Servituten eine besondere Anmeldung im Concurse von Seiten des Berechtigten nicht nöthig ist, z. B. bei Weg- und Fahrgerechtigkeit über ein zur Concursmasse gehöriges Grundstück, solche Gerechtsame vielmehr, gleich den Reallasten als onera der Masse erscheinen:

Bayer, Concursproceß, §. 51,

so gilt dieß auch von persönlichen Servituten, wenn nicht das Concursgericht, um beim Verkauf der Masseobjekte die Sicherheit des Käufers zu erhöhen, und besonderen Anständen vorzubeugen, die Edictalladungen auf dingliche Berechtigungen ausgedehnt hat.

Bayer, a. a. O. §. 49.

Auch hiermit war Correferent einverstanden).

23) Als im Jahr 1846 die Rechtssache: Elisabeth Jakobi zu Allendorf, Klägerin, gegen Jakob Strieder daselbst, Beklagten, Einsitz betreffend, durch Berufung an Gr. Hofgericht der Provinz Oberhessen erwuchs, erstattete der Referent ein von dem Correferenten und den übrigen Votanten adoptirtes Gutachten, im Wesentlichen dahin: Der Einsitz der Geschwister in der von Eltern einem ihrer Kinder übergebenen Hafraithe ist zwar zunächst der habitatio des röm. Rechts verwandt, ruht aber auf einem deutschrechtlichen Institut, das durch Gewohnheit in unserer Gegend eingeführt ist, so daß er nicht nach röm. Recht zu beurtheilen ist. Wie unsere Rechtsprechung wiederholt anerkannt hat, erscheint der Uebergabsvertrag nicht so sehr als Kaufcontract, als vielmehr wie ein mit Anticipation der Erbfolge verbundener Erbvertrag, in welchem die Eltern und Erblasser für die ganze Nachfolge in ihr Vermögen und für die Zukunft aller ihrer Kinder Sorge tragen. So ist der dadurch eingeräumte Einsitz eine deutschrechtliche Reallast; er haftet gleich dem Auszug auf dem übergebenen Gut und belastet jeden Besitzer desselben; aber als Beschränkung des Eigenthums ist er eingeschränkt zu erklären. Hiernach werden sich die durch die Berufung angeregten zwei Hauptfragen leicht entscheiden lassen.

Erste Frage: Ist der Besitzer des mit dem Einsitzrechte belasteten Hauses auch zur Herstellung der Wohnung in bewohnbaren Zustand verpflichtet? (Hänfel a. a. O. S. 94).

Digitized by Google

vorgehenden Grundsätzen mit Rücksicht auf die herrschende Sitte und Gewohnheit zu beurtheilen sei. (Bezugnahme auf die Rechtssache: Valentin Dietz in Maulbach gegen Wittwe Werner daselbst). Dagegen gelange ich nicht zu den Folgerungen, welche zu dem Urtheile voriger Instanz führten. Ich werde durch folgende Betrachtungen zu den entgegengesetzten Folgerungen geführt:

1) Der Umfang* des Einsitzrechts der Klägerinnen wurde im elterlichen Anschlagsvertrage nicht näher festgesetzt; er wird

---

Die Möglichkeit der Bewohnung ist Voraussetzung des Rechts. Daher die Befugniß, zu verlangen, daß für Wohnlichkeit gesorgt werde. Der Beklagte hält sich an den römisch-rechtlichen Grundsatz, daß die Dienstbarkeit nicht im Handeln bestehe, glaubt, daß er als Eigenthümer nur zu gestatten habe, daß die Klägerin ihre Kammer in bewohnbaren Stand setze. Aber es handelt sich von einer Reallast, die in Leistungen besteht, hier in der Pflicht, die Wohnung als bewohnbar herzustellen.

Zweite Frage: Kann der Einsitzberechtigte auch noch Raum im Keller, in der Scheune, dem Stall, im Hof, auf dem Speicher verlangen?

Der Klägerin ist eine eigene Kammer vorbehalten worden. Der Einsitz für eine ledige Person setzt an sich nicht voraus, daß sie eine eigne Oekonomie habe, um so weniger, wenn sie auf eine gewisse Localität angewiesen ist. Es ist vielmehr Regel, daß Geschwister des Gutsübernehmers, denen ein Einsitz stipulirt ist, von diesem gegen Dienste in gesunden und kranken Tagen verköstigt und verpflegt werden, daher sie eines eignen Haushalts, darum auch jener Räume nicht bedürfen, sie nicht anzusprechen haben. Klägerin macht zwar geltend, daß ihr Schwager und ihre Schwester die ihnen angeschlagene Hofraithe an einen Fremden verkauft habe, bei dem sie nicht zu Tische gehen, so daß sie des eignen Haushalts bedürfe. Indessen ist dieser Verkauf eine erlaubte Handlung, die ohne Einfluß auf das rechtliche Verhältniß der Klägerin ist, da ihr ein Recht auf Theilnahme am Tische des Gutsübernehmers nicht zugesichert war. Sie kann nur das ansprechen, was ihrem Einsitzrecht entspricht. Muß daher auch dem Einsitzberechtigten gestattet sein, ein beliebiges Handwerk oder Geschäft zu treiben, sofern darunter das Gebäude nicht leidet — Erkenntnisse in Sachen des Valentin Dietz in Maulbach gegen B. Werners Wittwe daselbst und in Sachen des Georg Lenz gegen J. Gerhard in Ulfa — so beschränkt sich doch das Recht auf den Raum, den der Vorbehalt des Einsitzes bezeichnet. Nur einen Platz zum Aufbewahren des Brennmaterials kann Klägerin ansprechen, weil ohne Einheitzen eine Wohnung nicht gehörig benutzt werden kann.

Digitized by Google

daher mit Rücksicht auf die Eigenschaften, die Lebensart und das persönliche Bedürfniß der Berechtigten, ferner mit Beachtung der Beschaffenheit des Hauses, auf dem das Einsitzrecht haftet und die auf dem Lande herrschende Sitte und Gewohnheit zu bestimmen sein.

Runde, von der Leibzucht Thl. 2, §. 30.

2) Faßt man vorerst die Eigenschaften, Lebensart und die Bedürfnisse der Klägerinnen ins Auge, so sind sie als ledige Bäuerinnen, die für sich leben, keinem Familienkreise angehören, darauf angewiesen, sich ihre Kost zu bereiten, zumal, da das Dorf keine Speiseanstalten hat. Daraus folgt, daß sie dazu eines Apparats, einer Feuerstelle, so wie eines Raumes zur Aufbewahrung des Brennmaterials, das auch zum Heitzen erforderlich, bedürfen. Das Gleiche gilt von der gewonnenen Asche.

3) Das Haus, das nach dem Ergebnisse des angeordneten Augenscheins geräumig genug ist, um vor der Einsitzstube einen kleinen Heerd anzubringen und einen großen Hof hat, zeigt kein Hinderniß.

4) Jenes Bedürfniß wird auch vom Beklagten nicht bestritten. Er verabredet nur die Verbindlichkeit, einen Raum, außerhalb der Stube zu gewähren, da darauf das Einsitzrecht beschränkt sei, der Ofen zum Kochen zu benutzen wäre und der übrige Raum der Stube zur Aufbewahrung des Brennmaterials und der Asche dienen müsse und könne. Allein nach den Einräumungen des Beklagten wurde den Klägerinnen das Recht eingeräumt: in dem Hause frei aus- und einzugehen und darin unentgeldlich zu wohnen. Das Einsitzrecht ist daher nicht auf einen bestimmten Raum beschränkt. Es unterliegt zwar allen den Begrenzungen, die aus der Natur der Sache, namentlich aus dem Umstand sich ergeben, daß die Beklagten als Bäuerinnen hinsichtlich der Wohnung nur ein geringes Bedürfniß haben; allein auf der andern Seite darf das Recht nicht verkümmert werden, was der Fall sein würde, wenn es auf den vom Beklagten gezogenen Kreis beschränkt würde, auf einen Kreis, den

Sitte und Gewohnheit nicht kennt, nur ausnahmsweise der Mangel an Raum zieht.

5) Das Einsitzrecht ist den Klägerinnen nicht von einem Fremden, sondern durch einen Act ihrer Eltern eingeräumt worden, deren Liebe für ihre Kinder nicht annehmen läßt, sie hätten die Absicht gehabt, daß ihren Töchtern, für die sie doch sorgen wollten, Beschränkungen auferlegt würden, die, Gewohnheiten entgegen, vom Interesse des Eigenthümers nicht gefordert werden.

L. 90. Dig. de reg. jur. (50, 17).

So ist billiges Ermessen Richtschnur. Einem Einsitzberechtigten ist nicht zuzumuthen, seine Stube zugleich zur Küche und zum Holzstall zu verwenden, sich im Sommer übermäßiger Hitze und den Folgen der Uebertretung polizeilicher Verbote auszusetzen.

6) Die Bestimmung im Anschlagsvertrag: daß, wenn die anschlagenden Eltern sich in den Auszug setzen wollen, ihnen das Recht verbleiben solle, die obere Stube und Kammer zu bewohnen, ihnen ein Platz zur Aufbewahrung des Holzes einzuräumen sei u. s. w., auf welche der Beklagte so viel Gewicht legt, ist unerheblich. Aus diesem ausdrücklichen Bedingen eines Holzplatzes folgt nach der Regel: superflua non nocent noch nicht, daß ein besonderer Raum zur Aufbewahrung des Brennmaterials beim Abschluß jenes Vertrags von den Contrahenten nicht als wesentliche Appertinenz des Wohnungsrechts betrachtet worden sei.

7) Endlich kann das Rechtsverhältniß dadurch nicht alterirt werden, daß während des Rechtsstreits die eine Klägerin starb. Für jeden Einsitzberechtigten ist das gleiche Bedürfniß begründet. Wenn auch die Ueberlebende dadurch an Raum gewann, so ist doch der Mangel daran nicht die entscheidende Rücksicht. Auch ist die Doctrin darin einverstanden, daß bei Untheilbaren im Fall des Ablebens des Mitberechtigten dem Ueberlebenden der Fortgenuß der Berechtigung in ihrem bisherigen Umfang zugestanden werden muß. Das Tribunal hat hinsichtlich eines andern Verhältnisses (Leibgeding der Eltern) ebenfalls den Grundsatz adoptirt, daß nach dem Ableben des einen Theils dem Ueber-

Digitized by Google

lebenden das ganze Leibgeding bleibe, ohne daß zwischen theilbaren und untheilbaren Leistungen zu unterscheiden sei.

Ich gelange so zur Ansicht, daß das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und das erstinstanzliche herzustellen sei.

Der Correferent erklärt sich einverstanden.

Unterm 24. November 1846 reformirte das oberste Gericht durch Herstellung des landgerichtlichen Erkenntnisses zum Vortheile der überlebenden Einsitzberechtigten.

VI.

Gutsanschlag in der Form des Mitbaus.

Am 14. Januar 1830 schloßen die Jakob Müller'schen Eheleute in König im Erbachischen einen Vertrag mit ihrem Sohne und dessen Ehefrau ab, dem zu Folge Letztere von Ersteren deren Bauerngut um 2500 Gulden erkauften. Im §. 8. wurde namentlich verabredet: Die Verkäufer und Käufer wollen vor der Hand in Gemeinschaft leben und mithin Gewinn und Verlust zu gleichen Theilen tragen; den Verkäufern steht es übrigens frei, so lange in der Gemeinschaft zu bleiben, als sie wollen". Zugleich stipulirten sich die Verkäufer für den Fall der Aufhebung der Gemeinschaft ein Leibgeding [34]).

Schon im November desselben Jahrs trat der Sohn gegen seinen Vater klagend auf und bat unter der Bemerkung, daß jene Gemeinschaft schon zu vielem Unfrieden Anlaß gegeben, um Erkennung dahin, daß diese aufzuheben sei [35]). Der Beklagte bestritt dieses Gesuch.

34) Vergl. den von Pfeiffer a. a. O. Bd. VIII, S. 363—368 mitgetheilten analogen Rechtsfall.

35) In der Rechtssache, welche Pfeiffer a. a. O. S. 375, 366 gedenkt, treten die Gutsübergeber klagend auf, indem sie ein Societäts-Verhältniß geltend machten. Das O.A.Ger. sprach sich aber dahin aus, „daß die Grundsätze des röm. Rechts hinsichtlich der einseitigen Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses auf Verträge der hier vorliegenden Art keine Anwendung finden können, da die in dem Vertrage enthaltene Verabredung eines gemeinschaftlichen Haus-

Digitized by Google

Unterm 22. December desselben Jahres erkannte das Gericht, „weil Niemand gezwungen werden kann, gegen seinen Willen mit einem Andern in Gemeinschaft zu leben, indem diese nach dem gesetzlichen Ausspruch die Urheberin von Streit und Hader ist, in dem vorliegenden Fall zwar die bedungene Gemeinschaft einerseits wieder aufgekündigt worden ist, anderer Seits aber auch wieder hat zugegeben werden müssen, daß zwischen beiden Theilen mancherlei Streitigkeiten und Zänkereien bisher entstanden sind“, dahin, daß „die zwischen dem Kläger und dem Beklagten bedungene Gemeinschaft wieder aufzuheben sei, mit Vergleichung der Kosten“[36]).

Auf Berufung des Beklagten reformirte Gr. Hofgericht der Prov. Starkenberg unterm 6. Juni 1831 dahin, daß Kläger mit der von ihm auf Aufhebung der Gemeinschaft angestellten Klage abzuweisen sei.

Hierauf Oberberufung des Klägers mit dem Antrag auf Herstellung des Erkenntnisses erster Instanz. Er bestritt, daß blos ein Kaufcontract vorliege, daß daher nur die Grundsätze desselben zur Anwendung kämen (hiervon war das Gericht zweiter Instanz ausgegangen). Denn neben dem Verkauf des Guts sei

---

halts nicht als etwas selbstständiges, sondern als integrirender Theil des eigenthümlich deutschen, einer einseitigen Aufkündigung nicht unterworfenen Vertrags zu betrachten ist, durch welchen dem einen Theil die Gutsübergabe, dem andern aber die Entrichtung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird“.

36) Im Einklang damit steht die Praxis der ehemaligen Justizcanzlei in Michelstadt s. Beck und Lauteren: Erbacher Landrecht, S. 394, 395. Es heißt dort auch: „Es ist den Eltern unbenommen, zu ihrer eignen bessern Lebsucht und zum Besten der Kinder eine fortwährende gemeinschaftliche Benutzung der Güter sich vorzubehalten, jedoch unbeschadet des gemeinrechtlichen Grundsatzes, wornach jeder Theilnehmer zu jeder Zeit und selbst dann, wenn vertragsmäßig das Gegentheil bedungen sein sollte, die Aufhebung solcher Gemeinschaft verlangen kann; doch darf der Vollzug der Aufhebung nicht zur Unzeit und nur mit Rücksicht auf den landwirthschaftlichen Betrieb des Guts geschehen“. Als Beleg wird ein Erkenntniß der Justizcanzlei vom 8. October 1821 in Sachen des L. Hofferbert von Höchst gegen L. Flath daselbst, Gemeinschaft betreffend, angeführt.

Digitized by Google

eine Gemeinschaft in Bezug auf den Gebrauch und Genuß des Verkauften bedungen worden; daher zugleich Societätsvertrag, dessen Grundsätze sich hier anwendeten.

Nachdem das Tribunal volle Prozesse erkannt hatte, ließ sich der Beklagte [37]) dahin vernehmen: 1) Verträge der Art gehörten rein dem deutschen Recht an, und auf ihrer Aufrechthaltung beruhe großen Theils die Erhaltung des Wohlstandes der Landwirthe. Der herangewachsene Sohn solle zu rechter Zeit eine Familie gründen und darum werde ihm halb kaufweise, halb als anticipirte Erbschaft das elterliche Gut überlassen, d. h. angeschlagen. Damit jedoch, wenn der Vater noch rüstig, seine Arbeitskräfte benutzt würden, damit die noch geborenen Kinder zur Arbeit angehalten würden, damit endlich der Möglichkeit Raum gegeben werde, von dem Gutsvertrag für diese etwas zurück zu legen und sie besser ausstatten zu können, werde dahin contrahirt, daß dem Vater statt des Auszugs ein Mitbaurecht zustehen solle. 2) Man könne auf eine gesetzliche Bestimmung verzichten. Wenn daher das Gesetz beiden Theilen das Recht der Aufkündigung des Gesellschaftsvertrags einräume, so könne durch Vertrag das Aufkündigungsrecht auf den einen Theil beschränkt werden. 3) Der Vertrag sei wesentlich Kaufvertrag, durch welchen Verkäufer nur noch zur Zeit nicht alle im Eigenthum begründeten Rechte auf den Käufer übertrage. Alle Ansprüche, welche Kläger formiren könne, vermöge er nur aus dem vorliegenden Vertrage herzuleiten; er sei daher an die Bestimmung des Vertrags gebunden, daß es zur vollständigen Uebergabe (denn darauf klage er durch das Verlangen der Aufhebung des Vertrags) zu einer noch nicht erschienenen Zeit kommen solle. Sowie das Majus, das ganze Eigenthum, so könne auch das Minus Gegenstand des Vorbehalts sein. 4) Ganz besonders

---

37) Der Anwalt desselben wurde durch diesen Rechtsfall zu einem Beitrag im VIII. Bd. der Zeitschrift für deutsches Recht veranlaßt: Ueber den Vorbehalt des Mitbaus bei der elterlichen Gutsübergabe. Von Adv. Purgold in Darmstadt (S. 154—173).

Digitized by Google

komme in Betracht, daß nicht neben dem Kaufcontract ein Gesellschaftsvertrag stehe; der Vorbehalt des Mitbaus sei ein Bestandtheil des Kaufvertrags; Kläger könne sich also einer einzelnen Bestimmung desselben nicht entziehen, so lange er denselben aufrecht erhalten wissen wolle; das Mitbaurecht bilde gleichsam einen Theil des Kaufschillings, der Gegenleistungen, es bilde einen Theil der Bedingungen, unter denen Beklagter sein Hofgut dem Kläger überlassen habe. Ersterer habe sich mit einem geringeren Anschlagspreise begnügt, weil ihm der Vortheil des Mitbaus zur Seite stehe.

Die Gutachten der Referenten weichen diametral von einander ab.

Der Referent erblickte ein doppeltes Geschäft, ja, mit Hinzurechnung der Ausbedingung eventuellen Leibgedings, ein dreifaches. In so weit der Vater sein Gut dem Sohn eigenthümlich für einen Preis angeschlagen habe, trete ein Kaufgeschäft hervor. In so weit dahin contrahirt worden sei, daß beide Theile in Gemeinschaft leben, Gewinn und Verlust bei Bewirthschaftung des verkauften Guts tragen wollten, erscheine ein Gesellschaftsvertrag in Bezug auf dessen Ertrag. Hiernach sei nicht einzusehen, warum zwei dem Begriffe nach gesonderte Rechtsgeschäfte nur nach den Grundsätzen des einen derselben, des Kaufs, zu beurtheilen seien.

Referent bezog sich auf

L. 69 Dig. pro socio (17, 2)

worin ausgesprochen sei, daß die actio pro socio füglich mit einer andern Klage, namentlich mit der actio emti venditi concurriren könne,

Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 15, S. 449.

und erachtete es so als zweifellos, daß der Rechtsstreit, da er nur den mit dem Kauf als Nebenvertrag verbundenen Societätserwerb betreffe, nur nach den Grundsätzen des Letzteren zu entscheiden sei.

Nach weiteren ausführlichen Erörterungen votirte Referent dahin, daß reformirend das Urtheil erster Instanz herzustellen sei.

Digitized by Google

Correferent sprach sich dahin aus, daß jener Vorbehalt nicht aus dem Zusammenhange mit den übrigen Theilen des Vertrags gerissen, daß er nicht als ein ganz für sich bestehender Vertrag nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts von der Societät beurtheilt werden könne; er bilde nur eine Modalität des Geschäfts des Gutsanschlags. Dieses in Deutschland aus unvordenklicher Zeit übliche und den bäuerlichen Zuständen vollkommen entsprechende Rechtsgeschäft könne unter verschiedenen Rechtstiteln vorkommen, insbesondere unter dem Titel eines Kaufs oder einer Schenkung[38]). Sei bei der Gutsübergabe ein solcher das Eigenthum übertragender Titel bezeichnet worden, so sei dadurch der sonst denkbare Zweifel gehoben, ob die Uebertragung des Guts zum widerruflichen Eigenthum, zum Nießbrauch, zur bloßen Verwaltung oder zum unwiderruflichen Eigenthum geschehen sei. Die wahre Bedeutung und der Zweck des Instituts spreche im Zweifel für das Letztere.

Mittermaier, Grunds. des deutschen Privatrechts §. 198. In manchen Gegenden würden diesem Rechtsgeschäfte gewisse Vorbehalte beigefügt. Die Uebertragung der Wirthschaft an den Sohn und folglich auch die Beziehung des Altentheils von Seiten des Vaters werde nämlich zuweilen vorerst ausgesetzt, indem dieser nur eventuell (für den Fall des Antritts der Wirthschaft von Seiten des Sohns) bestimmt werde. Solches komme in manchen Gegenden und Ländern, z. B. im Oldenburgischen, unter dem Namen: „Uebergabe mit Vorbehalt des Regiers"[39]) vor. In Oberhessen und den benachbarten Gegenden bediene man sich des Ausdrucks: „Vorbehalt der Herrschaft"[40]). Der

---

38) Gerber, System §. 191. 254, Note 1,

39) Runde, von der Leibzucht, Th. II. §. 12. Archiv für die Praxis des im Großherzogth. Oldenburg geltenden Rechts, Bd. III. Oldenb. 1847, Nr. I. Die Uebertragung mit Schuld und Unschuld (S. 1—20) S. 19, 20.

40) Zeitschrift für deutsches Recht, Band XIV. Tüb. 1853. Nr. VI. (S. 155—206). Von dem bäuerlichen Gutsanschlage in Kurhessen und dem Vorbehalte der Herrschaft nach

Digitized by Google

Umfang und die Dauer eines solchen Vorbehalts, sowie die verbindliche Kraft einer auf diese Weise modificirten Uebertragung könne vertragsmäßig sehr verschieden bestimmt werden. Oft treffe der Vorbehalt nur die halbe, die gemeinschaftliche Herrschaft, wie der Vorbehalt: die Güter ihres Gefallens mit und neben den Kindern zu bauen und zu benutzen[41]), ein Vorbehalt, welcher im Mainzischen oft vorgekommen sei, wie aus einer Verordnung v. J. 1724 zu ersehen wäre. Im §. 21. der Fulda'schen Leibzuchtsordnung sei dieser Vorbehalt, „eine reiche Quelle von Streitigkeiten," verboten worden. Daß eine solche Verordnung in der Landgrafschaft Hessen-Darmstadt in Uebung gewesen, gehe aus einer Verordnung vom 27. Nov. 1713 hervor, in dessen §. 5. es heißen:

„Die pacta, welche eine wirkliche Gemeinschaft der Güter zwischen Eltern und Kindern nach sich ziehen, sind auf alle Weise zu unterbrechen, dadurch aber nicht verstanden wird, was die Eltern in ihrem Auszug sich an Gütern vorbehalten, so sie usufructuarie ad dies vitae zu genießen haben."

eine Bestimmung, welche freilich in dem vorliegenden Fall, welcher der Grafschaft Erbach angehöre, in der jene Verordnung nicht gelte, nicht zur Anwendung komme.

Wenn es gleich im Verhältnisse zu dritten Besitzern des Guts wichtig sein würde, daß dessen Eigenthum auf den Sohn übergegangen, so müsse doch der dieser Uebertragung beigefügte Vorbehalt unter den Paciscenten selbst beobachtet werden. Könnte der Sohn beweisen, daß der Vater schuldvoll Zwistigkeiten, die eine weitere Gemeinschaft unthunlich machten, herbeiführe, so würde er verlangen können, derselbe soll sich auf die vorbehaltene Leibzucht zurückziehen[42]). In dem vorliegenden Fall behaupte

oberhessischem Rechte, insbesondere. Von Kumpe, Privatdocenten in Marburg. Vgl. Abeth. Hesser, die Lehre von den Erbverträgen, Th. II. B. II. Gött. 1840. S. 200, 201.

41) Pungold a. a. O. (Das wissenschaftliche Princip ꝛc.) S. 19.

42) Bluntschli bemerkt a. a. O. in Bezug auf das Zusammen-

aber der Kläger nicht einmal, daß Beklagter eine solche Schuld trage; so sei ihm nur zu überlassen auf eine solche Behauptung eine Klage zu stützen.

Den Antrag des Correferenten auf Bestätigung des Urtheils

---

leben S. 80, daß, wenn „durch die Fehler des einen oder andern Theils das Zusammenleben möglicher Weise unerträglich“ werde, nach vergeblichem Versuche, den Frieden herzustellen „auch eine Ausscheidung gerechtfertigt“ erscheine. Dieß ließe sich aus der Gleichheit des Grundes auf die Gemeinschaft des Mitbaus anwenden. Leider sind solche nahe Berührungen ergiebige Quellen des Haders und Unfriedens.

S. das Schriftchen: Betrachtungen über das Leibgeding und Wohnungsrecht im Odenwalde und deren wichtigen Folgen in rechtlicher, sittlicher, ökonomischer und gewerblicher Beziehung. Von A. Hunzinger, Gr. Hess. quiescirten Landgerichts-Actuar in Fürth (im Odenwald). Darmst. 1846. Der Verf. spricht aus nahen Wahrnehmungen. So heißt es z. B. S. 35 ꝛc.: „Die Eltern mit ihren übrigen Kindern ziehen sich in die vorbehaltene Auszugswohnung zurück, um da in möglichster Behaglichkeit ihr Leibgeding zu verzehren. Jetzt erschienen sie als weltfremde Leute; zwischen ihnen und den Gutsbesitzern ist eine Scheidewand gezogen; sie sehen sich selten, und noch weniger sprechen sie mit einander. Bald entstehen kleine Reibungen, Vexationen zwischen den beiden Frauen, zwischen den Kindern, endlich zwischen den Männern“ ꝛc. S. 37: Der Vorbehalt des Auszüglers, sich an der Ofenplatte des Gutsbesitzers wärmen zu dürfen, ist ebenfalls oft die Ursache zu Zwistigkeiten und förmlichen Prozessen. Zur Verdeutlichung dieses Vorbehalts müssen wir vorerst bemerken, daß an manchen Orten des Odenwaldes die Auszugsstube oder Kammer neben der Wohnstube des Gutsbesitzers sich befindet und durch eine eiserne Platte von der einen Ofenseite oder durch eine solche, welche in die eine Wand eingesetzt ist und außen in der Küche den Feuerheerd berührt, erwärmt wird. — Gestört und geärgert werden auf jede Weise die Auszügler. Das Feuer im Stubenofen wird zwar tüchtig unterhalten, aber von der fraglichen Ofenplatte so weit wie möglich und so abgezogen, daß nur eine schwache Wärme durch jene Platte in die Auszugsstube dringen kann. Die andere s. g. Ofenplatte, welche durch das Feuer auf dem Heerd erwärmt wird, versagt gänzlich ihren Dienst; denn der Gutsbesitzer hat sich veranlaßt gefunden, seinen Kochheerd zu versetzen“. So eine Reihe von Bildern unerquicklicher Zustände.

Vgl. noch Möser, Patriotische Phantasien Th. 3. Berl. 1778 Nr. XXXVII: Die Klage eines Leibzüchters.

Digitized by Google

voriger Instanz adoptirte die Mehrheit. Sonach erfolgte unterm 21. Juni 1833 ein confirmatorisches Erkenntniß.

Vgl. Sammlung interessanter Beschlüsse 2c. Nr. 14. Die einseitige Aufkündigung gemeinschaftlicher Gutsbewirthschaftungen zwischen Eltern und Kindern betreffend. Wenn Jemand die Hälfte seines Guts einem seiner Kinder angeschlagen, resp. künftig abgegeben und eine Gemeinschaft, resp. gemeinschaftliche Bewirthschaftung des Guts bis dahin, wo er auch die andere Hälfte abgeben werde, ausbedungen hat, so kann die Gemeinschaft vor diesem Zeitpunkt dem Vater nicht einseitig aufgekündigt werden, obgleich durch jene Bedingung die Dauer gewissermaßen als auf unbestimmte Zeit festgesetzt und als in das Belieben des Vaters gestellt zu betrachten ist. Es wurde hierbei die rechtliche Ansicht zur Anwendung gebracht, daß bei einem solchen Geschäft des deutschen Rechts ein Societätsvertrag nicht vorliege und die Grundsätze des römischen Rechts, wonach die auf unbestimmte Zeit eingegangene Societät einseitig aufkündbar sei, keine Anwendung finden könnten. Erk. vom 2. Nov. 1837 in Sachen Hild zu Gumbersberg gegen Fernoff daselbst wegen Bestätigung eines Kaufbriefs und Aufhebung der Gütergemeinschaft, verglichen mit Hofgerichtserkenntniß vom 6. Juni 1831 (oberstrichterlich bestätigt am 21. Juni 1833) in Sachen Michael Müller zu König gegen Jakob Müller daselbst.

Anhang.

I.

Vermiethung der Wohnung, die Gegenstand des Einsitzrechts.

Eine Wittwe verkaufte im Jahr 1838 ihr Wohnhaus. In dem §. 6. des Vertrags wurde bedungen:

Schließlich behält sich die Verkäuferin das Recht vor, lebenslänglich in der unteren Küche des überlassenen Hauses zu waschen und zu backen, ferner a) den lebenslänglichen alleinigen Gebrauch der Küche im obern Stock, b) die obere Stube,

Digitized by Google

c) die vordere Kammer, der Stube gegenüber, d) Platz im Stall zur Stellung einer Kuh, e) die Hälfte des Kellers, f) den dritten Theil des Dungplatzes, g) den dritten Theil des obern und untern Speichers, h) das Recht, auf der Wiese die Wäsche zu trocknen und das Tuch zu bleichen.

Im Jahr 1840 trat die Einsitzberechtigte in eine weitere Ehe mit einem Mann aus einem andern Ort. Dahin ziehend, vermiethete sie die vorbehaltene Wohnung. Der Eigenthümer des Hauses gab die Vollziehung dieser Uebereinkunft nicht zu und wurde darum mit einer Klage auf Einräumung der vermietheten Wohnung belangt. Er setzte derselben den Einwand entgegen, daß Klägerin nicht befugt sei, die Auszugswohnung zu vermiethen, da der Vertrag die Benutzung derselben an ihre Person knüpfe.

Das Gericht legte dem Beklagten den Beweis auf, daß die im §. 6. des Vertrags vorbehaltene Gerechtsame der Klägerin nur für ihre Person reservirt worden seien.

Der Beklagte wendete sich an das Hofgericht der Prov. Starkenb. mit der Berufung, indem er sich darum für beschwert erachtete, weil die Klägerin nicht sofort abgewiesen worden wäre. Zur Begründung seiner Beschwerde trug er im Wesentlichen vor: Nicht blos bei Gutsabtretungen von Seiten der Eltern an ihre Kinder, sondern überhaupt bei Veräußerungen liegender Güter behalte sich oft der Verkäufer oder Abtretende ein Leibgeding, besonders ein Einsitzrecht vor. Hierbei sei die Sicherung des eignen Bedürfnisses der Zweck; daraus folge, daß das Recht nur ein höchst persönliches sei, auf Andere nicht übertragen werden könne. Der Uebereinkunft liege die Voraussetzung zu Grund, daß der Leibzüchter sein Recht selbst ausübe; seinem Mitcontrahenten könne es unmöglich gleichgültig sein, wer mit ihm unter einem Dache wohne, mit ihm die Küche theile u. s. w.

Der Unterrichter sei von der Unterstellung ausgegangen, daß es sich von einer servitus habitationis handle; allein hier erscheine ein Institut des vaterländischen Rechts, dem zu Folge das Einsitzrecht an die Person des Berechtigten geknüpft sei.

Digitized by Google

Gr. Hofgericht reformirte unterm 8. März 1841 dahin, daß Klägerin abzuweisen sei, indem es, nach Anleitung des erstatteten Gutachtens davon ausging: die meisten Rechtslehrer stellten den unbeschränkten Grundsatz auf, daß das Einsitzrecht nicht von Dritten ausgeübt werden könne.

Runde, von der Leibzucht, Th. 2. §. 30.

Hänsel, die Lehre von dem Auszug, S. 88.

Dazu komme, daß mehrere der vorbehaltenen Rechte zu Berührungen führten, in die man mit ganz fremden Personen nicht kommen wolle, was darauf hindeute, daß die Contrahenten ihr persönliches Verhältniß in Betracht gezogen hätten, zumal, wenn man den §. 3. des Vertrags beachte, welcher verbiete, daß das Haus beim Leben der Klägerin verkauft werde.

S. Sammlung interessanter Beschlüsse 2c. Nr. 64: „Die Vermiethung eines Einsitzrechts betr. Das Einsitzrecht, welches sich der Verkäufer eines Hauses vorbehalten hatte, kann gegen den Willen des Käufers nicht vermiethet werden.

Die Wittwe des Schlossermeisters Johannes Krossel in Höchst im Odenwald, nunmehrige Ehefrau des Johannes Schäfer in Rimhorn, Klägerin, gegen Schlossermeister Michael Prettig daselbst, Beklagten wegen Vertragserfüllung.

II.

Verbindlichkeit des Gutsübernehmers zur Zahlung der Schulden des Abtretenden.

Lehre und Praxis tragen den Grundsatz, daß Ersterer nicht verbunden ist, die persönlichen Schulden des Letzteren zu tilgen.

Pfeiffer, prakt. Ausführ. Band IV, Nr. VIII. §. 15: Schuldenzahlung, S. 148—162, Bd. VIII, S. 337—339.

Runde, von der Leibzucht, Thl. 2. §. 54: Verbindlichkeit des Colonus zur Bezahlung der Schulden des Leibzüchters.

Bluntschli, deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 79.

Digitized by Google

Dahin geht auch die Rechtsprechung des Hofgerichts der Prov. Starkenburg. Erkenntnisse desselben:

1) vom 26. Jan. 1828 in Sachen Fernoff gegen Berg zu Michelbach.

2) vom 25. Mai 1833 in Sachen Roth zu Lengfeld gegen Sauerwein daselbst.

3) vom 21. Febr. 1834 in Sachen Mayna gegen Reichenbach zu Niederroden.

4) vom 2. Februar 1839 in Sachen Wüst gegen Traiser zu Auerbach.

Sammlung ꝛc. Nr. 27.

Nach einer Mittheilung im IX. Bd. des Seuffert'schen Archivs Nr. 53. herrscht dieser Grundsatz auch beim obersten Gericht. Erk. desselben vom 6. Oct. 1845 in Sachen der Gemeinde Bobenhausen gegen die Kinder des H. Rahn.

Uebereinstimmend ist die Rechtsprechung des Braunschweigischen Oberlandesgerichts (Erk. v. J. 1828).

Pfeiffer, das deutsche Meierrecht. Cass. 1848, S. 358.

Steinacker, partikulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig. Wolfenb. 1843, §. 242.

Vgl. Puchta a. a. O. S. 131. Bolley, Entwürfe und Anträge zu einer Civil-, Gerichts- und Prozeßordnung, Bd. II. Stuttg. 1844, S. 205, 206.

III.

Das Leibgeding als Gegenstand der Hilfsvollstreckung.

Nach einem Erkenntnisse desselben Gerichtshofs vom 12. Febr. 1845 in Sachen des katholischen Kirchenpfandes zu Birkenau gegen die Jost'schen Eheleute in Niederliebersbach kann „das von den Eltern bei Gutsübergaben an die Kinder vorbehaltene Leibgeding in der Regel seinem ganzen Umfang nach von den

Digitized by Google

Gläubigern mit Arrest belegt, resp. als Executionsobject angegriffen werden"[48]).

Sammlung 2c. Nr. 142.

Vgl. Beck und Lauteren, Erbacher Landrecht, S. 297, wo es heißt: „Der Leibgedingsvertrag ist ein wahrer Alimentenvertrag. Daher kann das Leibgeding, nach Entscheidung des höchsten Gerichtshofs, gleichwie Besoldungen und Pensionen der Staatsbeamten und darum nach Analogie der neueren gesetzlichen Bestimmungen nur zu ⅓ von Gläubigern in Anspruch genommen werden".

Aufgeführt wird ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 2. Juli 1818 in Sachen der P. Hofferberts Wittwe zu Höchst gegen A. Thierolf zu Neustadt.

Puchta a. a. O. S. 130*).

48) Gleiche Praxis des Oberappellationsgerichts in Cassel. Pfeiffer a. a. O. (Prakt. Ausführ.) Bd. IV, S. 245. 246. Bd. VIII, S. 358, Wagner: Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen. 3. Ausg. Cass. 1843, S. 787.

*) Das nächste Heft wird eine Ergänzung dieser Darstellung durch die Redaction bringen.

Digitized by Google

XV.

Kritische Erörterung über fr. 14. §. 3. de alim. vel cib. leg. 34, 1.

Von

Herrn Dr. C. Fuchs, Privatdocenten zu Marburg.

Diese Stelle lautet folgendermaßen:

Quidam libertis suis ut alimenta ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponeretur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta caeteraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.

Der Sinn dieser Stelle ist offenbar der: Es hatte Jemand durch Fideicommiß seinen Freigelassenen außer Alimenten ausdrücklich das zu ihrem Lebensbedarfe nöthige Wasser vermacht, in einer

Gegend, wo es so sehr an Wasser mangelt, daß man es kaufen muß. Ueber dieß Vermächtniß entstand Streit zwischen den Freigelassenen und dem Erben und Ulpian gab das von ihm eingeholte Gutachten dahin ab: da das Wasser in jener Gegend nicht unentgeldlich zu haben ist, so ist jenes Vermächtniß für die Freigelassenen von Werth und Vortheil (*esse emolumentum fideicommissi*). Ohne eignen Kostenaufwand soll ihr Bedarf an Wasser gedeckt werden, sei es durch Bezug desselben in natura oder durch Empfang desjenigen Geldbetrags, welchen sie dafür aufwenden mußten. Auf welchem dieser beiden Wege nach dem Willen des Testators dem Fideicommissarii Genüge geschehen solle, dafür hält Ulpian den Umstand für maßgebend, ob der Testator Cisternen hinterlassen habe, oder nicht. Im letzteren Falle haben sie nur einen Obligationsanspruch an den Erben auf den entsprechenden Geldbetrag (*sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam esset comparaturus*), einen Anspruch, den sie auch dann gehabt hätten, wenn ihnen nur Alimente, ohne ausdrückliche Erwähnung des Wassers, vermacht worden wären[1]).

Im ersteren Falle dagegen schließt Ulpian aus dem Besitze von Cisternen und der ausdrücklichen Aufnahme des Wasserbezugs in das Fideicommiß, daß der Testator den Freigelassenen eine Personalservitut constituirt habe. Dieselben haben also in diesem Falle ein dingliches Recht auf den Bezug des Wassers in Natur.

Der Jurist erklärt sodann die Constituirung einer solchen Personalservitut auch für gültig, obwohl sich hiergegen einwenden lasse, dieselbe sei ihrem Inhalte nach eine Prädialservitut und diese könne doch nur Jemanden bestellt werden, der ein benachbartes Grundstück besitze (*quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta*). Diesen letzteren Grundsatz hält

---

1) Fr. 1. h. t.: Si alimenta fuerint legata, dici potest, etiam aquam legato inesse, si in ea regione fuerint legata, ubi venumdari aqua solet.

Ulpian für unrichtig und widerlegt ihn an einer Reihe von Beispielen. (Nam et cet.)[2]).

Aus dieser Deutung unserer Stelle ergibt sich, daß ich die Interpretation Mühlenbruch's[3]) für unrichtig halte, vielmehr, wie fast allgemein angenommen wird, in jener den Grundsatz ausgesprochen finde, daß ohne Rücksicht auf ein praedium vicinum eine Befugniß, die regelmäßig als Prädialservitut bestellt wird, auch als Personalservitut constituirt werden kann.

Bei der alsdann erforderlichen Emendation der Stelle haben die Meisten die von Cujaz[4]) vorgeschlagenen Aenderungen gebilligt[5]) und man liest so:

> Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus; personae tamen ei (ejus), qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. (Das Folgende bleibt unverändert.)

Wenn nun auch diese Fassung die Argumentation Ulpian's getreu wiedergibt, so möchte doch bei näherer Betrachtung eine anderweite Berichtigung gerechtfertigt erscheinen.

Was nämlich zunächst die Schlußworte haec enim aqua personae relinquitur anlangt, so knüpfen sie offenbar an die Entscheidung des im Eingang vorgelegten Falles an und ent-

---

2) Daß Ulpian den ersteren Satz, daß es sich hier um eine regelmäßig als Prädialservitut bestellt werdende Gerechtsame handle, als richtig anerkennt, ist nicht zu bezweifeln, weil sonst der Einwand, den er sich selbst obmovirt, völlig absurd sein würde. Auch würden dann die weiter aufgeführten Beispiele nicht passen. Zwar spricht Ulpian einer Cisterne, worin sich nur Regenwasser sammelt, die perpetua causa ab (fr. 1. §. 4. de fonte 43, 22) und es würde hiernach an einem wesentlichen Erfordernisse für die Gültigkeit der Prädialservitut fehlen, allein in heißen, wasserarmen Ländern mußte das Bedürfniß unabweisbar auch Ulpian dahin führen, an jenem Erfordernisse nicht strenge zu halten, und andere Juristen um so mehr, als sich auch ein Grund für das Vorhandensein einer perpetua causa geltend machen ließ, welchen Paulus in fr. 28. de serv. praed. urb. 8, 2 zur Unterstützung seiner Ansicht, daß bei Regenwasser eine perpetua causa zu statuiren sei, auch anführt.

3) Archiv f. c. Pr. XV. S. 382 fgg.

4) Ad fr. 1. de serv. pr. r. 8, 3.

5) V. Vangerow Lehrb. I. S. 795.

halten die concrete Anwendung des unmittelbar vorher an andern Realservituten entwickelten allgemeinen Grundsatzes. Alsdann hätte aber Ulpian sagen müssen: *illa quidem* aqua personae utiliter relinquitur und selbst dann wäre es eine Bemerkung, die nach allem vorher Gesagten überflüssig erscheint.

Eine Emendation dieser Schlußworte ist hiernach geboten und auch bereits von Zachariä [6]) scharfsinnig dahin geliefert worden:

haec enim *aeque* personae relinquuntur

Alsdann beziehen sich die Schlußworte auf die unmittelbar vorher aufgezählten Realservituten.

Findet man jedoch darin eine unnütze Wiederholung dessen was bereits durch die Worte In eadem causa erunt ausgedrückt ist, so dürfte sich eine andere Emendation empfehlen, bei welcher weniger geändert wird und die ganze Ausführung von Ulpian an innerem Halte gewinnt.

Man nimmt nämlich an, die jetzt den Schluß der Stelle bildenden Worte seien durch ein Versehen des Abschreibers von ihrer ursprünglichen Stelle hinter quasi — relicta entfernt worden, und liest: haec enim (sc. servitus praedii) *aeque* personae relinquitur [7]). Alsdann enthalten sie die Beseitigung des Einwandes durch Aufstellung des Grundsatzes im Allgemeinen, dessen Richtigkeit Ulpian im folgenden Satze an einzelnen Realservituten entwickelt, und zwar zunächst an andern Wassergerechtigkeiten, nachher an Servituten von anderweitem Gegenstande.

Betrachtet man sodann den Satz Nam — relinquitur in der oben erwähnten Fassung, so ist es zwar bekannt, daß servitus in seiner ältesten und engsten Bedeutung die Prädialservituten allein umfaßt [8]), allein in unserer Stelle, worin die Constituirung einer Prädialservitut als Personalservitut abge-

6) Archiv f. civ. Pr. XXVII. S. 47. Ihm folgen Arndts Lehrb. §. 177 A. und Elvers Röm. Servitutenlehre S. 203.

7) Auch haec enim *aqua aeque* personae relinquitur wäre nicht unpassend.

8) Vgl. die Stellen bei Arndts l. c. a. E. und Elvers S. 20—21.

handelt wird, hätte man die speziellere Bezeichnung est servitus praedii erwartet, um so mehr, als Ulpian unmittelbar vorher dieser sich bedient hatte. Außerdem ist der Ausdruck *personae* tamen *ejus* (wie statt ei gelesen werden müßte), qui vicinus non est, relinquitur statt *ei* etc. gesucht und ungelenk. Deßhalb scheint mir folgende Emendation geeigneter zu sein:

Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus servitus personae, *etiam* ei, qui vicinus non est, non inutiliter (utiliter) relinquitur [9]).

Diese Emendation möchte sich dadurch besonders empfehlen, daß dann der Satz, eine Prädialservitut könne auch als Personalservitut ohne Rücksicht auf Vicinität eines Grundstücks bestellt werden, recht prägnant hervorgehoben würde.

---

9) Auch nam et haustus aquae — *ut* servitus personae *etiam* ei etc. gäbe einen gleich guten Sinn: der aquae haustus u. s. w. kann als Personalservitut auch dem, der nicht ein benachbartes Grundstück besitzt, constituirt werden.

Digitized by Google

XVI.

Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechts durch den Schiedseid.

Von

Hofgerichtsrath **Dr. Schäffer** in Gießen.

Das Gewohnheitsrecht, als das im Bewußtsein des Volkes lebende, durch Uebung sanctionirte ungeschriebene Recht, hat zwar für die Kreise, welche es umfaßt, die gleiche Geltung, wie das positive geschriebene Recht. Indessen ist es nicht, wie dieses, in einer für Jeden erkennbaren Weise fixirt; es bedarf daher vorkommenden Falls in der Regel einer besonderen Feststellung, es sei denn, daß eine glaubhafte Aufzeichnung darüber bestände (s. indessen N. 2), oder daß es in früheren Fällen durch — auf den Grund vorhergegangener Ermittlungen gefällte gerichtliche Erkenntnisse bereits anerkannt worden wäre, oder, wie gewisse Handelsüsancen, auf einer allgemeinen Notorität beruhen sollte. Die Rechtsnorm, deren Entstehungs- und Erkenntnißgrund eine constante Gewohnheit ist, läßt sich daher nicht so einfach und unmittelbar nachweisen, als ein Rechtssatz des geschriebenen Rechts; sie muß vielmehr regelmäßig erst aus einer Mehrheit von während längerer Zeit vorgekommenen, ihrer inneren und äußern Beschaffenheit nach einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfenden, gleichartigen Handlungen durch richterliche Reflexion

Digitized by Google

construirt werden[1]). Hieraus ergibt sich, daß der Beweis eines Gewohnheitsrechts, jene oben erwähnten Fälle ausgenommen, immer ein complicirter Act ist, welcher nicht mit den nackten Thatsachen und Vorgängen allein, die auf eine Gewohnheit schließen lassen sollen, sich zu befassen, sondern auch durch deren möglichste Ergründung und genaueste Charakterisirung den Richter in den Stand zu setzen hat, sich darüber mit Sicherheit auszusprechen, ob jene Facten in der That die Merkmale eines auf einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung beruhenden Handelns an sich tragen, oder ob sie nicht vielmehr, mit v. Savigny zu reden, nur etwas Individuelles, Zufälliges, Vorübergehendes sind, was den täuschenden Schein einer solchen zum Grunde liegenden Rechtsüberzeugung angenommen hat.

Soll das zur Beurtheilung der Existenz eines Gewohnheitsrechtes erforderliche Material in solcher Weise herbeigeschafft werden, dann kann dieß in befriedigender Weise nur durch Vernehmung von Zeugen (s. übrigens Note 12) und Benutzung von Urkunden, nicht aber, wenigstens nicht allein, durch Eideszuschiebung geschehen. Der Eid der Partheien ist allein nicht geeignet, eine sichere Grundlage des Erkenntnisses über Bestehen oder Nichtbestehen des behaupteten Gewohnheitsrechtes zu liefern, weil der Beweis eines solchen eine Mehrheit von verschiedenen fremden Handlungen und zugleich die denselben zum Grunde liegenden Motive in Zusammenhang mit dem deßfallsigen Rechtsbewußtsein der Bewohner des bestimmten Bezirks, welchem die

1) Kierulff Theorie des gem. Civilrechts Bd. I, S. 10. „Das Gewohnheitsrecht tritt nur in äußeren Thatsachen hervor. Diese müssen eine solche qualitative und quantitative Beschaffenheit haben, daß der Richter darin eine herrschende Regel des Handelns erkennt, welche als Ausfluß des allgemeinen Willens der Menschen gelten kann, für welche die Herrschaft des Gewohnheitsrechts behauptet wird“. — Dem Wesen und der Geltung einer Gewohnheit als solcher ist übrigens schriftliche Aufzeichnung strenge genommen zuwider. Nicht ohne Grund sagt daher Kierulff S. 8: es sei das Zeichen des Todes einer Gewohnheit, wenn sie durch schriftliche Aufzeichnung fixirt werde.

Digitized by Google

Handelnden angehören, oder der betreffenden Klasse von Staatsbürgern umfaßt, also über so mannichfache äußere und innere Momente sich zu verbreiten hat, wie sie durch den bloßen Eid einer Parthei, wenn er mehr sein soll, als ein Vergleichsact, nicht alle in rechtliche Gewißheit gesetzt werden können [2]). Also nur die Unmöglichkeit, durch den Eid in diesem Falle juristische Ueberzeugung zu begründen, läßt denselben als ein ungeeignetes Beweismittel erscheinen, nicht aber, wie manche Rechtslehrer [3]) meinen, der Umstand, daß, da das Gewohnheitsrecht die Kraft und Wirkung eines auf alle in einem bestimmten Bezirke vorkommenden, dem streitigen gleichartigen Fällen anzuwendenden und daher der Dispositionsbefugniß der Privaten entzogenen Gesetzes habe, der Eid, als ein Auskunftsmittel, gerade nur den betreffenden Streit zu schlichten, nicht dazu dienen könne, ein solches Gesetz auch für Andere festzustellen. Denn durch den Eid soll nicht ein allgemein geltendes Gewohnheitsrecht constatirt, der behaupteten Gewohnheit nicht Wirksamkeit für

2) Vgl. v. Holzschuher: Der Rechtsweg. Ein Versuch vergleichender Gesetzes-Kritik, S. 416. Note *; Brinckmann, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilproz. 13. Abth. S. 66 f. Letzterer sagt: „Die richterliche Ueberzeugung von der Existenz eines gemeinen Rechtes soll eine materielle, aber keine formelle sein; die Eidesdelation und die nothwendigen Eide über Uebungsacte bewirken nur eine formelle Wahrheit derselben, blos formell als wahr anerkannte und anzuerkennende Thatsachen können nicht die Grundlage einer materiellen Wahrheit sein. Demnach streitet die Natur des Gewohnheitsrechts wider die Zulässigkeit des Eides über Uebungsacte". Dem entsprechend wird in Frankreich die Gewohnheit durch einen von dem zuständigen Gericht nach Vernehmung beider Theile, nach eingeholtem Gutachten des öffentlichen Ministeriums, der Advokaten seines Sprengels und, bei Handels- und Bank-Gewohnheiten, der angesehensten Handelsleute und Banquiers zu ertheilenden Notorietäts-Act festgestellt, v. Holzschuher a. a. O. S. 400.

3) Unter Anderen namentlich Glück Commentar Bd. I. S. 490, und bes. v. Ende vermischte jurist. Ausführungen Nr. 12. S. 145 ff. Dieser Gesichtspunkt ist auch in einer in Seufferts Archiv Bd. VII. Nr. 139. mitgetheilten Entscheidung des O.A.Ger. zu Kiel hervorgehoben.

Digitized by Google

einen gewissen Umkreis verschafft, sondern eine Rechtsnorm für die dermalen streitenden Theile begründet werden; und — non debet alii nocere, quod inter alios actum sit (fr. 3. §. 2. inf. fr. 9. §. 7. fr. 10. D. de jurejur. 12, 2)[4]). — Der Gebrauch des Eides als Mittel zum Beweise des Gewohnheitsrechts hat um so mehr Bedenken gegen sich, als der beweispflichtige Theil sich schwerlich dieses subsidiären Beweismittels bedient haben würde, wenn ihm Fälle bekannt gewesen wären, in welchen das behauptete Gewohnheitsrecht zur Anwendung gekommen sein soll, was überhaupt schon das Bestehen einer Gewohnheit sehr problematisch erscheinen und mit Grund annehmen läßt, daß die Geltendmachung einer Gewohnheit und die deßfallsige Eideszuschiebung nicht in gutem Glauben erfolgt sind. Jedenfalls würde es die juristische Consequenz erfordern, den Eid als Beweismittel nicht zuzulassen, wenn man mit den neueren Rechtslehrern[5]) annimmt, daß der Richter in Folge seiner Obliegenheit, für Ermittelung des Rechts officiell thätig zu sein, die Verpflichtung habe, auch von einem behaupteten Gewohnheitsrecht sich selbstständig durch geeignete Mittel ein befriedigendes Wissen zu verschaffen[6]), ohne daß jedoch hierdurch die Vorlegung von Erkennt-

---

4) Hierüber auch Barth über den Haupteid im Civilprozesse — in dessen Sammlung von Dissertationen III. Bd. S. 174. Note. Reinhardt Handb. des Proz. Bd. II. §. 246. Note 4.

5) Es seien hier vorzugsweise genannt: Seuffert pract. Pand. Recht §. 11. Puchta Gewohnheitsrecht Bd. II. Cap. 4. Kierulff Theorie des gem. Civilrechts Bd. I. S. 14 f. v. Savigny Syst. Bd. I. §. 30. Auch Sintenis Handb. Bd. I. S. 46 ff. ist hierher zu rechnen (S. übrigens Note 6).

6) So sagt namentlich auch Kierulff S. 14: „Er (der Richter) erlangt seine Erkenntniß hier nicht durch juristischen, sondern durch wissenschaftlichen Beweis“, und S. 15 Note ***): „Aus der bisherigen Darstellung folgt, daß uns der gangbare Streit nicht berührt, ob der Inhalt des vom Richter aufzuerlegenden Beweises die Existenz des Gewohnheitsrechtes überhaupt, oder der dasselbe begründenden einzelnen Thatsachen ausmachen dürfe. Denn wir erkennen hier überhaupt nicht die Möglichkeit einer wirklich juristischen Beweisführung an. Puchta dagegen läßt die Eideszuschiebung zum Beweis von Fällen der Uebung

Digitized by Google

mittel durch die streitenden Theile ausgeschlossen sein solle, welche Vorlegung aber den Richter nicht hindern dürfe, zu

zu (S. 198), ist aber, und ebenso auch bei Savigny (S. 190) und Brinkmann (S. 87 ff.) der Ansicht, daß das Gew. Recht in jeder Lage des Prozesses auf die Beurtheilung Einfluß bekommen könne, welcher Ansicht Sintenis (Hdb. Bd. I, S. 48. Note 56) als zu den abnormsten Erscheinungen führend, wenn sie in Ansehung des Beweises consequent durchgeführt würde, widerspricht. Sintenis lehrt übrigens: der Richter sei zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, von Amtswegen Nachforschungen nach dem Gewohnheitsrecht, auf welches sich eine Parthie berufen habe, oder auf dessen Spur er auch nur zufällig geleitet worden sei, anzustellen; habe aber der Richter auf Beweis des Gewohnheitsrechtes erkannt, in welchem Falle dann von den gewöhnlichen Beweismitteln, also auch von dem Eide, Gebrauch gemacht werden könne, so dürfe er nach mißlungenem Beweis doch noch ex officio auf die Gewohnheit Rücksicht nehmen, wenn er sich von deren Existenz überzeuge. — In den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntnisse des großh. hessischen Hofgerichts der Pr. Oberhessen zu Gießen ist in dieser Beziehung ausgeführt worden: es müsse die Gewohnheit in Fällen, in welchen sie nicht als eine auf allgemeiner, oder wenigstens gerichtlicher Notorietät beruhende bezeichnet werden könne, also noch besondere Nachforschungen nöthig mache, um zur Anwendung gebracht werden zu können, nach dem bei uns geltenden Verhandlungsprincip von der betreffenden Prozeßparthie als Fundament des Anspruchs oder der Vertheidigung ausdrücklich und zeitig erwähnt und im Falle Widerspruchs bewiesen werden; es habe aber freilich der Richter bei Benutzung der zum Beweise des Gewohnheitsrechts bezeichneten Beweismittel auf alle für die Sache erheblichen Momente auch ohne ausdrückliche Anregung des Producenten sein Augenmerk zu richten, wie dieß überhaupt seine Pflicht sei, und man könne ihm nur noch die besondere Verbindlichkeit auflegen, etwa in seiner Registratur sich befindende hier einschlagende Acten, auf welche er durch Zeugen-Depositionen aufmerksam gemacht werde, von Amtswegen den Prozeßacten beizulegen. Wolle man anders verfahren, wolle man namentlich den Richter zur Pflicht machen, über das Bestehen einer angeblichen Gewohnheit, so oft eine Parthie eine solche für sich geltend zu machen beliebe, jedesmal amtliche Nachforschungen anzustellen, dann würde seine Thätigkeit nicht nur oft über Gebühr und mißbräuchlich in Anspruch genommen, sondern auch seine unpartheiische Haltung, seine Stellung über den Parthien darunter leiden. Vgl. v. Vangerow Pandekten §. 17. Note. Mühlenbruch Pand. §. 39. Strippelmann Sammlung rc. Bd. 2. Nr. 55.

völligen Aufklärung des ihm bei Benutzung der vorgeschlagenen Erkenntnißmittel etwa gebliebenen Dunkels noch von weiteren Auskunftsmitteln Gebrauch zu machen, auch wenn sie von keinem Theile als solche bezeichnet worden seien. Denn im Falle des Gebrauchs des Eides von Seiten der auf ein Gewohnheitsrecht sich berufenden Parthei ohne damitverbundene Angabe faktischer Momente, worauf sie ihre Behauptung gründet, würde der Richter, falls er von jener consuetudo amtlich keine Kenntniß hat, oder sie nicht sofort erlangen kann, sich nicht in der Lage befinden, Nachforschungen nach dem Gewohnheitsrecht anzustellen. Sind aber solche Momente angegeben worden und haben darauf gegründete Ermittelungen und weitere amtliche Nachforschungen stattgefunden, aber nicht zur Feststellung der consuetudo geführt, dann wird entweder, je nach den Umständen, die Eideszuschiebung als durch das Ergebniß jener Untersuchung (gewissermaßen ein Beweis zur Gewissensvertretung) als beseitigt anzusehen, oder höchstens ein auf bestimmte Facten zu richtender nothwendiger Eid aufzulegen sein.

Indessen wird von der überwiegenden Mehrzahl der Rechtslehrer der Eid für ein zuläßiges Beweismittel angesehen. Ueber die Art und Weise des Gebrauchs desselben sprechen sich aber manche Rechtslehrer nicht näher aus, während von den übrigen meines Wissens nur Reinhardt[7]) ganz allgemein die Eideszuschiebung über „den Thatumstand eines Gew.-Rechts" für statthaft erklärt, wogegen alle anderen[8]) fordern, daß der Eid auf specielle Thatsachen, aus welchen auf die Existenz der Gewohnheit als Rechtsnorm geschlossen werden könne, zu richten sei.

---

7) Reinhardt, Hdb. des Proz. Bd. II. §. 246 Note 4. Reinhardt meint zwar, auch Thibaut (System des Pand.-Rechts §. 20) sei dieser Ansicht, allein es läßt sich dieß aus der allgem. Bemerkung Thibauts, daß zu den zukässigen Mitteln zu dem Beweise eines Gewohnheitsrechts auch der angetragene Eid gehöre, nicht entnehmen.

8) Es seien hier unter Anderen genannt: Schmidt, Versuch der Theorie des Gewohhheitsrechts (Leipz. 1825) §. 67. Barth a. a. O. S. 173 Note e. Puchta a. a. O. S. 193. Sintenis a. a. O.

Digitized by Google

Dieser letzteren Ansicht ist auch unbedenklich beizutreten. Nach römischem Recht war zwar auch eine Eideszuschiebung über Rechtsbegriffe zulässig, und es konnte bei der Vergleichsnatur des Schiedseides eine solche auf das jus gerichtete Eidesdelation auch nicht beanstandet werden, wie noch jetzt der Richter, wenn eine derartige generelle Eideszuschiebung von dem Delaten angenommen wird, die Eidesleistung zulassen muß. Ist indessen die Ansicht nicht unbegründet, daß schon nach römischem Recht der Delat nicht verpflichtet war[9]), auf ein jusjurandum de jure delatum sich einzulassen und daß, wenn er es doch that, der Eid ein reiner Vergleichseid war, so gilt dieses noch mehr nach heutigem Recht, wo der Eid vorzugsweise die Natur eines gerichtlichen Beweismittels hat. Soll der Rechtsstreit nicht durch einen Vergleichsact, sondern durch ein auf erschöpfende Verhandlungen und Nachweise gegründetes Erkenntniß des Richters beendigt werden, dann muß diesem auch durch eine entsprechende Beweisführung die Möglichkeit gegeben werden, genügend zu prüfen und aus dem vorliegenden Beweismaterial zu erkennen, ob der geltend gemachte Anspruch factisch und rechtlich begründet sei. Von dem Gesichtspunkt des judici fit probatio aus kann man daher eine Eideszuschiebung direct über die Existenz eines durch Gewohnheit eingeführten Rechtssatzes, ohne daß der Eid zugleich auf die einzelnen, die Gewohnheit als eine Rechtsnorm nachweisenden Fälle der Anwendung gerichtet wäre, nicht für statthaft erachten. Mag daher auch das römische Recht eine Eideszuschiebung über Rechtsbegriffe gestatten und den Delaten durch eine solche, ihrem inneren rechtlichen Gehalt nach der richterlichen Controle unfähigen Eidesleistung zum judex in propria causa machen; — der Eid als gerichtliches Beweismittel muß auf Thatsachen gerichtet sein, welche den Rechtsbegriff erschöpfen und einen Schluß auf die Existenz oder Nichtexistenz des behaupteten Rechts zulassen. Allerdings ist der Schwörende bei jeder Ableistung eines Schiedseides insofern judex in propria

---

9) Barth a. a. O. §. 12. (S. 148 ff.).

Digitized by Google

kann, als der Ausgang des Rechtsstreites einzig und allein von einer im Vertrauen auf seine Gewissenhaftigkeit von ihm geforderten eidlichen Versicherung abhängt. Allein so lange die Partheien die Erledigung der Sache nicht übereinkunftsmäßig von einer Eidesleistung beliebigen, der richterlichen Prüfung entzogenen, Inhaltes abhängig machen, darf, wie schon bemerkt, der Richter die Ableistung des Eides, als eines wahren Beweismittels, nur über Momente, welche seine Ueberzeugung von der Rechtlichkeit eines Anspruchs zu begründen geeignet sind, zulassen, und von diesem Gesichtspunkt aus erscheint der Schwurpflichtige vorzugsweise als Zeuge in eigner Sache[9]. Wie aber ein einfacher Zeuge (s. übrigens Note 12) nur seine Wissenschaft von den Thatsachen, welche der Beweissatz in sich faßt, mitzutheilen, nicht aber Urtheile daran zu knüpfen hat, noch weniger aber statt einer Deposition über das von ihm Wahrgenommene oder sonst zu seiner Kenntniß Gekommene, lediglich seine Meinung und Ansicht über den Streitpunkt vortragen oder ein Gutachten über das rechtliche Fundament des Anspruchs abgeben kann und darf, so darf das Recht des beweispflichtigen Theils gegen dessen Willen auch nicht von dem Eid seines Gegners über einen Rechtsbegriff abhängig gemacht, und folgeweise ebensowenig diesem Letzteren die Ableistung eines solchen Eides von der beweispflichtigen Prozeßpartheie aufgenöthigt werden, eben weil die streitenden Theile die ordnungsmäßige prozessualische Erledigung der Sache durch ein auf genügend ermittelte thatsächliche Verhältnisse sich gründendes Erkenntniß zu begehren das Recht haben, eine Eidesleistung jener Art aber dem Richter nichts darbieten würde, was zur sicheren Begründung seines Urtheils über das Recht des einen oder anderen Theiles dienen könnte. Freilich darf man den Satz: daß Zeugen nicht urtheilen sollen und daß auch einer Prozeßpartheie ein Eid über ein Urtheil oder einen Rechtsbegriff nicht zugemuthet werden dürfe, nicht allzustreng auffassen und namentlich nicht Rechtsbegriffe, die in das Volk

---

10) V. Linde, Lehrbuch des Proz. §. 301. Note 7—10.

selbst übergegangen sind und auch von dem unpartheiischen Verstand richtig gewürdigt werden können, aus den Zeugenaussagen und der Eidesformel gänzlich bannen wollen[11]). Allein der Begriff des Gewohnheitsrechts gehört nicht in diese Klasse einfacher Rechtsbegriffe, für deren richtige Auffassung der gemeine Verstand ausreicht, vielmehr ist hierzu ein besonderer Sachverstand erforderlich, und selbst wenn dasselbe in einem gegebenen Falle der betreffenden Prozeßparthie beiwohnen sollte, so könnte die Existenz des Gewohnheitsrechts bei der Möglichkeit verschiedener Ansichten über dessen Voraussetzungen und die Zulänglichkeit der Begründungsfacten doch nicht direct Gegenstand von Zeugenaussagen[12]) und der Ableistung des Schiedseides sein.

Die Gewohnheit als solche ist zwar, wie Kierulff sich ausdrückt, ein Factum. Das heißt aber nur, daß die Gewohnheit in einer Reihe einzelner Handlungen und Vorgänge, welche

---

11) Heffter, System des Civilproz. §. 229. Note 61. Hierhin gehört z. B. der Begriff der Bürgschaft, des Kaufgeschäftes u. dergl., nicht aber die Begriffe von Besitz, Eigenthum, Verjährung, Erbqualität u. s. w.

12) Unter Umständen kann indessen eine Vernehmung von Personen, als der Gewohnheit Kundigen, direct über die Existenz des Gewohnheitsrechtssatzes selbst stattfinden. Dieß gilt namentlich von Personen, welche vermöge ihrer amtlichen Stellung von dem Bestehen einer bestimmten localen Gewohnheit als Rechtsnorm Kenntniß haben können, oder als Mitglieder eines gewissen Standes oder einer Corporation, um deren Gewohnheitsrecht es sich handelt, in Folge dieser ihrer Eigenschaft, oder vermöge ihrer Kenntniß von Zuständen und Verhältnissen des gemeinen Lebens, in denen die Gewohnheit wurzelt und sich bewegt, darüber sichere Auskunft zu geben im Stande sind. Sintenis a. a. O. S. 49. Note 58. Brinckmann a. a. O. S. 51 ff. Seuffert Pand.-Recht Bd. 1. §. 11. Archiv der Entscheidungen 2c. Bd. I. Nr. 308. Dieß scheint auch v. Wening-Ingenheim Civilrecht Bch. I. §. 15. Note 9. mit den Worten: „Uebrigens läßt sich auch die Beweisführung ohne Nachweisung einzelner Fälle oder Erfordernisse blos dahin richten, daß überhaupt eine Gewohnheit bestehe", sagen zu wollen. — Das Zeugniß solcher des Gewohnheitsrecht Kundiger ist aber von den Depositionen gewöhnlicher Zeugen, welche über einzelne Acte der Uebung ihre Wahrnehmung angeben sollen, verschieden.

Digitized by Google

sich äusserlich offenbaren und daher Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung sind, ihren Ausdruck findet. Die Gewohnheit, als Collectivbezeichnung einer Mehrheit gleichförmiger Handlungen, ist ein aus diesen Handlungen abstrahirter Begriff, und zwar insoweit ihr als Norm für künftige gleichartige Fälle rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit beigelegt werden soll, ein Rechtsbegriff, der nicht bloß äußerlich wahrnehmbare Handlungen, sondern auch s. g. facta interna umfaßt. So wenig aber die Aussage einfacher Zeugen, durch welche das Dasein des Gewohnheitsrechts aus der Uebung dargethan werden soll, für irgend erheblich gelten können, wenn sie sich auf die nackte Behauptung beschränken, daß ein solches Gewohnheitsrecht bestehe, ebensowenig bietet ein solcher allgemeiner Eid einer Prozeßparthie dem Richter die erforderliche factische Grundlage für ein rechtlich begründetes Urtheil dar. Freilich wird auch eine Eideszuschiebung über bestimmte Fälle der Uebung des behaupteten Gewohnheitsrechtes und über die aus der Beschaffenheit jener Uebungsfälle zu erkennende opinio necessitatis gewöhnlich nicht über alle Beweisfacten die dem Richter erforderliche Gewißheit gewähren, da der Schwurpflichtige von allen den fremden Facten, die hier in Rede stehen, wohl nie eigne Wissenschaft haben wird, das in diesem Falle abzuleistende juramentum ignorantiae daher ein sehr unbefriedigendes Auskunftsmittel ist. Indessen verbindet man in der Praxis mit dem jur. de ignorantia unbedenklich dasjenige de credulitate und hierdurch, insbesondere auch noch durch die Aufnahme der Worte in die Eidesformel, daß der Schwörende über den Gegenstand der Eidesleistung vorher sorgfältige Nachforschungen angestellt habe, wird doch wenigstens einigermaßen der Eid in diesem Falle zu einem Beweis- und Wahrheitserforschungsmittel erhoben. Ein Eid über das Gewohnheitsrecht im Allgemeinen bietet aber in keiner Weise eine Grundlage für die richterliche Ueberzeugung und eine Garantie für die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden, weshalb eine Beweisantretung, welche ohne Angabe von Specialitäten den Eid als Beweismittel bezeichnet, unzuläßig ist; eine solche Eideszu-

Digitized by Google

schiebung hat, der Natur der Sache nach, nicht einmal die Wirkung, daß der Richter, wie es sonst wohl bei Eidesdelationen über Rechtsbegriffe (z. B. über Verjährung) der Fall sein kann, in die Eidesformel die Facten aufnimmt, welche den Rechtsbegriff bilden, eben weil das Berufen auf eine dem Richter nicht bekannte und von der Parthie durch Berufen auf bestimmte Fälle der Uebung factisch nicht fundirte Gewohnheit dem Richter unmöglich macht, den Rechtsbegriff in seine factischen Bestandtheile zu zerlegen, eine Eidesformel aber, welche nur enthielte, daß nicht Fälle der Uebung und zwar unter Umständen vorgekommen seien, daß sie als Offenbarung eines Gewohnheitsrechts aufgefaßt werden müßte, als zu vag und dem Delaten die Möglichkeit einer Gewissensvertretung benehmend, auf rechtliche Beachtung keinen Anspruch machen kann.

Diesen Grundsätzen gemäß ist von dem großh. hess. Hofgericht der Prov. Oberhessen schon mehrmals (in Sachen des G. W. Hast, gegen Bäcker Schäfer zu Gießen unter dem 9. Juni 1849, und in S. J. J. Köhlers Wittwe zu Langsdorf, gegen die Vormundschaft über die Kinder erster Ehe ihres Mannes, im J. 1855) erkannt worden.

Digitized by Google

XVII.

Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

8.

Zur Lehre vom Executivprozesse, insbesondere von dem Erfordernisse der Liquidität der Beweiseinreden im Executivproceß.

Der Bürgermeister Barthel zu Büttelborn hatte, behufs Rückzahlung einer Darlehensschuld, einen Theil seiner Immobilien verkauft und den in mehren Jahreszielen fällig werdenden Kaufschilling verhandelt. Die Cessionare des Kaufschillings waren auf das Geschäft nur unter der Bedingung eingegangen, daß ihnen für die beiden ersten Ziele zwei solvente Bürgen als Selbstschuldner gestellt würden. Der Cedent Barthel behändigte ihnen auch eine solche Bürgschaftsurkunde. Die darin enthaltenen Unterschriften der beiden Bürgen und deren Zahlungsfähigkeit waren von dem Beigeordneten zu Büttelborn unter Beidrückung des Dienstsiegels besonders beglaubigt worden.

Als die Immobilienkäufer mit der Zahlung des ersten Ziels säumig blieben, erhoben die Cessionare des Kaufschillings, unter Vorlegung aller betreffenden Urkunden, Klage im Executivprozesse auf Bezahlung jenes ersten Ziels nebst Zinsen insbesondere gegen den einen Bürgen Daniel Petri.

Das Landgericht Großgerau leitete diese Prozeßart ein. Die Kläger hatten schon vor dem Verhandlungstermine durch ihren darin zu erscheinen verhinderten Anwalt die Originalien der (sämmtlich öffentlichen) Urkunden, wodurch sie ihren Klaganspruch liquid stellen wollten, dem Gerichte vorlegen lassen. Excipirend stellte


Digitized by Google

der Beklagte unter Anderen die Unterschriften auf dem Bürgschein, namentlich auch die seinige in Abrede, erklärte sie für verfälscht, indem er sich zugleich zum Beweise dieses Einwandes auf Gerichtsakten, insbesondere auf die bei dem Landgerichte erwachsenen Untersuchungsacten gegen Bürgermeister Barthel wegen Unterschlagung, Betrugs und Schriftfälschung berief und um deren Beilegung bat. Aus diesen Akten und insbesondere aus einem von ihm speziell bezeichneten Vernehmungsprotokolle des Beigeordneten gehe, wie er bemerkte, hervor, daß derselbe die betreffenden Unterschriften, lediglich auf das Wort des Bürgermeisters Barthel vertrauend und ohne daß sie in seinem Beisein gefertigt oder anerkannt worden, beglaubigt habe. — Der klägerische Anwalt bat behufs Abgabe der Replikhandlung um Mittheilung der vom Beklagten angerufenen etwa producirten Akten zur Einsicht. Das Gericht schlug dieses Gesuch ab, weil die Akten eine noch nicht geschlossene Untersuchung zum Gegenstande hätten und sie deßhalb im Termine auch nicht producirt worden seien. Kläger replicirten nun, die Klagebelege seien als ächt und richtig zu betrachten, da Beklagter selbst die Beglaubigung der Unterschriften, als vom Beigeordneten herrührend, anerkannt, den Beweis der Unrichtigkeit des Beglaubigten aber wegen nicht erfolgter Production der dafür angerufenen Beweisakten nicht erbracht habe. — Duplicirend erklärte Beklagter, eine reelle Production der angerufenen Akten sei nicht erforderlich gewesen, theils weil klägerischerseits im Termine Niemand erschienen sei, theils weil auch ihm selbst jene Akten nicht vorgelegt worden, deren Existenz und Inhalt aber gerichtsnotorisch sei. Zugleich beantragte er, den Klägern wenigstens beglaubigte Abschrift des von ihm als Beweisstelle namhaft gemachten Protokolls des Beigeordneten mitzutheilen. Letzteres geschah, jedoch nur auszugsweise, und die hierüber zur Erklärung aufgeforderten Kläger baten hierauf lediglich um Urtheil nach der Klagbitte, indem der Auszug ein in dieser Prozeßart unzulässiges Bruchstück und kein Original, überdieß verspätet sei.

Das Landgericht erkannte hiernach: die Kläger hätten zum Beweise der Aechtheit der bestrittenen Unterschriften von dem hier allein als Beweismittel zulässigen Diffessionseide Gebrauch zu machen bei Vermeidung der Annahme des Verzichts auf das Executivverfahren.

Motivirt wird diese Entscheidung u. A. dadurch: durch das Berufen des Beklagten auf die allegirten Untersuchungsakten, namentlich das Protokoll des Beigeordneten, durch die Bitte um Beilegung dieser Akten und Bezeichnung deren speziellen Aktenstücke habe er Alles gethan, was er behufs der zu bescheinigenden Kraftlosigkeit der Beglaubigung habe thun können. Eine reelle Production der bereits im Termine existent, dem urtheilenden Richter sofort zugänglich gewesenen Akten sei, da seitens der Kläger

Digitized by Google

niemand erschienen, nicht erforderlich und ohne vernünftigen Sinn gewesen. Sie habe auch vom Beklagten nicht abgehangen und könne diese Unterlassung ihm nicht zum Nachtheile gereichen. Die angerufenen Bescheinigungsmittel seien Akten über eine noch nicht geschlossene Untersuchung, welche des Standes der Letzteren wegen dem klägerischen Anwalte nicht hätten zur Einsicht mitgetheilt werden können. Durch den Antrag auf Zustellung einer beglaubigten Abschrift des von ihm namhaft gemachten Aktenstücks habe der Beklagte alles zur Herstellung der zu erbringenden Bescheinigung Erforderliche gewahrt. Die aus seinen eigenen Akten vom Gerichte gefertigte, den Klägern zugestellte beglaubigte Abschrift habe dieselbe öffentliche Glaubwürdigkeit wie das Original und deren auch nicht bestrittene Aechtheit stehe außer Zweifel. Auch der mitgetheilte Auszug genüge, weil dies von Seiten desselben Gerichts, welches die Untersuchung geleitet, mit dem Bemerken geschehen sei, daß die Abschrift die Erklärung des Beigeordneten enthalte, soweit sie sich auf die hier fraglichen Urkunden bezöge. Oeffentliche Urkunden hätten aber nur dann volle Beweiskraft, wenn die öffentliche Behörde auf amtlichem Wege von der Wahrheit der beglaubigten Thatsache sich überzeugt habe. Durch des Beigeordneten Erklärung vor der zur Einleitung einer Untersuchung gegen den Bürgermeister competenten Untersuchungsbehörde falle alle Beweiskraft der Beglaubigung weg, die von dem Kläger producirten Urkunden seien bezüglich der Frage der Aechtheit den Privaturkunden gleichzustellen und müsse die Aechtheit nunmehr durch den im Executivprozesse allein zulässigen Diffessionseid (gedruckte Präjudizien supr. trib. Nr. 159.) erwiesen werden.

Gegen das landgerichtliche Urtheil ergriffen die Kläger Appellation an das Hofgericht zu Darmstadt, indem sie sich für beschwert hielten, daß der Beklagte nach der Klagebitte nicht verurtheilt worden sei. Dieser Gerichtshof verwarf jedoch die Appellation. Die erstattete, als Entscheidungsgründe dienende Relation besagt im Wesentlichen:

Die (dem Hofgericht vorgelegten) Untersuchungsakten ergäben den dringendsten Verdacht einer Fälschung der fraglichen Unterschriften, namentlich der des Beklagten durch den Bürgermeister Barthel. Aus der hier vollkommen glaubhaft zu erachtenden Angabe des Beigeordneten müsse der Richter die Ueberzeugung gewinnen, daß die Beglaubigung der wenn auch äußerlich fehlerfreien Unterschrift des Beklagten wegen jenes wesentlichen Mangels zur Bewahrheitung der durch sie beglaubigten Thatsache nicht dienen könne. Er könne daher, dieser Ueberzeugung entgegen, in jener Beglaubigung den Beweis der Aechtheit der Unterschrift nicht finden. Eine öffentliche Urkunde begründe nur dann den Beweis der dadurch beglaubigten Thatsachen, wenn sie äußerlich fehlerfrei sei und kein Zweifel bezüglich der Gültigkeit, Aechtheit und Glaubwürdigkeit

Digitized by Google

begründet erscheine. Hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Beglaubigung constire aber, der eigenen Erklärung des Beigeordneten zufolge, ein solcher Mangel. Die Ausführung der Appellanten, die nöthigsten formellen Voraussetzungen der Zulässigkeit des Einredebeweises fehlten für die hier gewählte Prozeßart, zerfiele schon an dem Grundsatze, daß dem Richter der Beweis zu liefern sei. Mit einer demselben, einerlei auf welche Weise, officiell als verfälscht bekannt gewordenen Urkunde könne ihm kein Beweis geliefert werden. —

Gegen die hofgerichtliche Entscheidung verfolgten hierauf die Kläger unter Erneuerung ihrer Beschwerde Oberappellation an das oberste Tribunal zu Darmstadt. Dieser Gerichtshof erkannte volle Appellationsprozesse und erließ, nachdem der Beklagte seine Erklärung auf den Oberappellationslibell eingereicht hatte, ein Erkenntniß, wodurch derselbe dem Klagegesuche gemäß verurtheilt und mit seiner im Productionstermine vorgeschützten illiquiden Beweiseinrede zur besonderen Ausführung verwiesen wurde. Dieses Urtheil stützt sich auf die in den erstatteten Relationen enthaltenen Entscheidungsgründe folgenden wesentlichen Inhalts.— Die Relation beginnt mit einer Erörterung der Zulässigkeit des Executivprozesses, indem sie anführt, die klägerischerseits producirten Urkunden seien nach Form und Inhalt guarentigiirte und zugleich zur Begründung der Richtigkeit der Forderung für die richterliche Ueberzeugung erschöpfend. Sie seien überdieß öffentliche Documente, auch in Beziehung auf die Aechtheit der darunter befindlichen, von dem, anstatt des verhindert gewesenen Bürgermeisters und als Hilfsbeamten der Justiz, in den Gränzen seines Amtes, functionirt habenden Beigeordneten, unter Beidrückung des Bürgermeistereisiegels, beglaubigten Namensunterschriften. Durch diese in den angemessenen Formen vollzogene öffentliche Beglaubigung werde für die Aechtheit der Unterschriften der Betheiligten, ohne hinzutretendes Anerkenntniß des Producten, vollständiger Beweis geliefert. (Schneider, Beweislehre §. 221). Es stelle sich daher das Abläugnen der Authenticität seiner Unterschrift durch den Beklagten als nutz- und wirkungslos dar, soferne nicht die Authenticität oder doch die Glaubwürdigkeit der öffentlichen Vidimation und die dadurch für die Aechtheit der Unterschriften und die Richtigkeit des Inhalts der Urkunden begründete Rechtsvermuthung erschüttert werden könnte. (Gensler Com. II. §. 241). Die Aechtheit des Beglaubigungsacts und der Unterschrift des Beigeordneten wie des Bürgermeistereisiegels sei vom Beklagten nicht, nur die Glaubwürdigkeit dieser Beglaubigung von ihm, unter Bezugnahme auf Untersuchungsacten gegen Bürgermeister Barthel, namentlich auf ein Protokoll des Beigeordneten, bestritten werden. Dieses, keine peremtorische, sondern eine in continenti zu beweisende Beweiseinrede involvirende Vorbringen falle unter den in der

Digitized by Google

Natur des Executivprozesses und in der Gleichheit der Rechte der Parteien beruhenden, in der Doctrin (die bekannten Werke von Martin, Gensler, Mittermaier, Danz, Grolmann, Bayer, Gönner werden hier citirt) feststehenden und von diesem Tribunale befolgten Rechtsgrundsatz, daß alle in dieser Prozeßart zulässigen Einreden ganz auf dieselbe Weise, wie der Klaggrund, durch im Productionstermine vorzulegende öffentliche oder recognitionsfähige Privatdocumente zu beweisen und alle auf diese Art nicht in continenti erweislichen Ausflüchte des Imploranten in die Reconvention oder zur besonderen An- und Ausführung zu verweisen seien. Die sich hieran knüpfende Frage, ob Implorat seine Beweiseinrede auf eine im Executivprozesse jenem Rechtsgrundsatze entsprechende Weise vorgeschützt und begründet habe, sei zu verneinen.

Durch den Antrag auf Beilegung der Untersuchungsakten habe Implorat nicht Alles gethan, was ihm im Productionstermine zur Herstellung der zu erbringenden Bescheinigung obgelegen. Reelle Production der Gegenbeweisdocumente sei erforderlich gewesen. Das entschuldigte Ausbleiben des klägerischen Anwalts in dem Termine habe, da er schon vorher die Klagdocumente in Urschrift dem Gerichte überliefert habe, der klagende Theil daher als contumax nicht behandelt werden könne, die Production der imploratischen Gegenbeweisdocumente nicht zwecklos gemacht; sie habe für den Imploraten den vernünftigen und wichtigen Zweck gehabt, seiner Productionsverbindlichkeit zu entsprechen und die Realisirung des in dem Vorladungsdekrete angedrohten Rechtsnachtheils des Ausschusses mit seinen nicht sofort durch Urkunden zu bescheinigenden Einreden zu vermeiden. Wenigstens hätte nach Lage der Sache von dem Beklagten wegen des entschuldigten Ausbleibens des klägerischen Anwalts auf die mit dem Wesen des Executivprozesses nicht unvereinbarliche Anberaumung eines andern Productionstermins und auf bis dahin zu bewerkstelligende Beiregistrirung der Gegenbeweisakten angetragen werden sollen. — Eine Eigenthümlichkeit des Executivprozesses sei es gerade, daß die Beweisführung mit der Verhandlung zu verbinden sei. Gleichwie der Kläger den Beweis seiner Ansprüche durch Vorlegung guarentigiirter Originalurkunden spätestens im Productionstermine zu führen habe, so dürfe auch die Vertheidigung des Beklagten in demselben Termine nur auf die in ähnlicher Art zu erbringende Beweisführung gegründet werden. Ein Editionsgesuch, werde dies nun vom Kläger zum Zwecke der Beischaffung seiner Beweisdocumente mit der Klage oder erst im Productionstermine, oder aber vom Beklagten zur Vorbereitung des Beweises seiner Einreden angebracht, sei, wie das oberste Gericht bereits früher angenommen, unzuläßig; ein solches Gesuch müsse wenigstens so zeitig angebracht werden, daß noch vor dem

Termine für die Herbeischaffung der Akten gesetzt werden könne (Vergleiche auch Strippelmann Entscheidungen VI. 330). Ein desfallsiges Incidentverfahren widerstreite dem Wesen des Executivprozesses. Der, vom Imploraten im Productionstermine gestellte Aktenabregistrirungsantrag sei aber nichts Anderes, als ein Editionsgesuch. Damit habe er, da die Akten nicht abregistrirt worden, seiner Productionsverbindlichkeit nicht genügt. Er habe sich lediglich auf Denunciation seiner Gegenbeweisdokumente und auf den Antrag deren Beilegung beschränkt, ja sie, die ihm nicht einmal zur Einsicht vorgelegt worden, nur auf Hörensagen oder Suppeditiren namhaft gemacht. —

Die Unterlassung der reellen Production, obschon sie von dem Imploraten nicht abgehangen, weil die von ihm namhaft gemachten Urkunden-Akten über eine noch nicht geschlossene Untersuchung gewesen, deren Einsicht dem klägerischen Anwalte nicht habe gestattet werden können, — habe nur ihm zum Nachtheile gereichen, nur seine interimistische Verurtheilung und Verweisung seiner illiquiden Einrede zum besonderen Verfahren zur Folge haben können. Der erst in der Schluß-Erklärung gestellte Antrag der Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Vernehmungsprotokolls des Beigeordneten an die Imploranten und die spätere Communication zweier beglaubigten Bruchstücke zur Erklärung sei verspätet und unzulässig, und es hätte dadurch die denselben durch Unterlassung der reellen Production der Gegenbeweisdokumente, sowie durch Verweigerung der Einsicht der Untersuchungsakten erlangten Rechte nicht wieder entzogen, bezw. des Beklagten Beweiseinrede rückwärts nicht liquid gestellt werden können. Mit bloß in beglaubigten Bruchstücken vorgelegten Urkunden lasse sich, werden letztere nicht im Originale producirt, kein Beweis führen und der Producent brauche sich auf eine solche unförmliche Beweisführung nicht einzulassen. Durch seinen Antrag auf Mittheilung nur des Protokolls habe übrigens Implorat auf alle übrigen Theile der Untersuchungsakten stillschweigend verzichtet, und der Richter daher darauf bei der Entscheidung keine Rücksicht nehmen dürfen. — Der Erwägung, des Imploranten Beweisurkunden seien ihrem ganzen Inhalte nach dem urtheilenden Gerichte zugängliche Gerichtsakten und es sei dem Richter, welchem der Beweis zu führen, der Inhalt des Protokolls des Beigeordneten gerichtskundig, sei rechtlicher Werth nicht beizulegen. Der Grundsatz: judici fit probatio, bedeute, der Doctrin wie auch der Praxis des obersten Tribunals zufolge, daß der Richter irrelevante Beweismittel, selbst wenn beide Theile sie wollen, zur reellen Production nicht zuzulassen brauche, und daß lediglich ihm die Prüfung der Resultate der Beweisführung, unabhängig von der nachgiebigen Beurtheilung der Parteien, zukomme. (von Hesse im Archiv für civ. Pr. Bd. XXIII. S. 25). Dabei

Digitized by Google

könne selbstverständlich nicht alles auf irgend eine Weise, sondern, was hier nicht der Fall, nur das durch ordnungsmäßige, nicht unförmliche oder verspätete Beweisantretung in die Akten gekommene Material berücksichtigt werden und worauf die Partieen sich zu beziehen das Recht hätten. — Den Mängeln der Beweisführung des Imploranten helfe auch die angebliche Gerichtskundigkeit nicht ab, über deren Begriff unter den Rechtslehrern noch Meinungsverschiedenheiten, (vergl. Reinhardt Handb. I. S. 43), bestünden. In Beziehung auf die hier interessirende, auch in Gensler's (Archiv für civ. Praxis Bd. I. S. 259) am weitesten gehender Begriffsaufstellung der Gerichtskundigkeit nicht beantwortete Frage, ob das in einer Sache protokollirte, also aktenmäßige Factum auch für andere, bei demselben Gerichte anhängige Rechtsstreite als gerichtskundig anzusehen sei und daher keines Beweises bedürfe, sei Bayer's Ansicht (Vorträge 7. Aufl. S. 418) über Notorietät richtig. Danach könne zufolge des Grundsatzes, quod non est in actis etc., dem Inhalte des Protokolls des Beigeordneten nur in Beziehung auf die Untersuchungssache gegen den Bürgermeister, nicht aber auch mit Rücksicht auf die bei dem Landgerichte anhängigen anderen Rechtssachen das Prädikat gerichtskundig beigelegt werden. Die Befugniß des Richters, bei Fällung seiner Erkenntnisse gerichtsnotorische Thatsachen zu berücksichtigen, setze voraus, daß der wahre und volle Begriff der Gerichtsnotorietät vorliege. Nur unter dieser, von Gensler a. a. O. ausdrücklich ponirten Voraussetzung seien die in der oberappellatischen Erklärung enthaltenen Allegate aus den Abhandlungen von Sintenis (Erläuterungen zu Linde's Lehrbuch S. 488 ff.) und Gensler (Archiv für civ. Praxis Band II. S. 260) zu verstehen. Der Inhalt der fraglichen Akten stehe aber unter den Begriff der wahren Gerichtsnotorietät nicht. — Habe es eines Anrufens, also eines Editionsgesuchs bedurft, um erst den Richter auf die in anderen Akten angerufenen Beweisgründe aufmerksam zu machen, so sei damit der Begriff der Gerichtsnotorietät nicht vereinbar. — Der vorliegende Fall biete nichts Singuläres dar; es lasse sich noch gar nicht beurtheilen, ob das materielle Recht auf Seiten des Beklagten sei. Oefters komme es vor, daß im Exekutivprozesse der Implorat mit seiner illiquiden Einrede ad separatum verwiesen werde, ohne Rücksicht darauf, ob die Unterlassung der Liquidstellung in seiner eigenen Schuld und Nachlässigkeit oder darin ihren Grund habe, daß er auf Gegenbeweisdokumente sich berufe, welche nicht in seinem Besitze seien, und er nicht habe producibel machen können. Die nachtheiligen Folgen hiervon könnten nur ihn treffen; eine Härte gegen den Imploranten, eine Parteienungleichheit würde es aber sein, wollte man sich aus vermeintlichen Rücksichten der Billigkeit über die be-

scheinbaren Formen des Executivprozesses hinzugefügt [1]). (Erkenntniß des Großherzoglichen Ober-Appellations- und Cassationsgerichts vom 3. Mai 1854 in Sachen der Gebrüder Homberger zu Darmstadt gegen Daniel Petri zu Büttelborn wegen Forderung).

Weller.

9.

Ueber die Voraussetzungen der vis und clandestinitas bei dem interdictum quod vi aut clam und die Natur des zum Gebrauch dieses Interdicts berechtigenden Interesses.

(S. dieses Archiv Bd. 2. II. u. XVIII. Nr. 18. u. Bd. 3. XIX. Nr. 3.)

Im Jahre 1844 erhob H. gegen v. W. Klage dahin gehend: In der Gemarkung H. sei ein District S. gelegen, dessen Parzellen dem Imploranten im Florbuche zugeschrieben wären und von ihm versteuert würden. Auch hätte Implorant resp. dessen Vorfahren früherhin, als noch der ganze Distrikt als Feld benutzt worden sei, Feldfrüchte darauf gezogen und später Holz gefällt. Die Beklagte mache Eigenthumsansprüche an einen Theil dieses Distrikts und habe sich schon im Jahre 1828 beigehen lassen, die angeblichen Grenzen einseitig und gegen den Widerspruch des Imploranten abzupflöcken. Letzterer habe diese Grenze nicht anerkannt, sondern die eigenmächtig auf seinem Grund und Boden gesetzten Pflöcke wieder herausgeworfen. Die in Folge hiervon von Seiten v. W's. angestellte Klage sei abgewiesen worden. Noch während über diese Klage verhandelt worden sei, habe man von W's. Seite ein Attentat verübt, indem man auf dem streitigen Terrain einen Kiefernstamm versteigt habe. Dadurch sei Implorant zu einer Attentatsklage veranlaßt worden, in Folge deren am 8. Sept. 1842 Urtheil zu seinen Gunsten ergangen und dem Beklagten auferlegt worden sei, sich jeder Eigenmacht auf dem streitigen District zu enthalten. Am 29 Juni 1844 habe aber die Kellerei v. W's. durch etwa 50 oder 60 Holzhauer beinahe sämmtliche, auf dem beiliegenden Risse näher bezeichnete Theile des fraglichen Distrikts niederhauen lassen und zwar sei dies heimlich, ohne Wissen und gegen den ihr bekannten Willen des Imploranten, also auch gewaltsam geschehen. Durch diese Handlung habe der Implorat das Interesse des Imploranten beeinträchtigt. Gegen solche Handlungen gewährten aber die Gesetze des interdictum quod vi aut clam. Implorant

---

1) Wie Briegleb in seiner Geschichte des Executivprozesses 1. Ausgabe Seite 144. 155. 222. bezeugt, so ließen die italienischen Gerichte des Mittelalters die exceptio falsitatis nur zu, wenn sie in continenti liquid zu stellen war.

Digitized by Google

wolle dasselbe hiermit anstellen und bitte: den Imploranten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes oder Vergütung des vollen Interesses zu verurtheilen.

Der Beklagte stellte die Zulässigkeit des Interdictes in Abrede, 1) weil auf Seiten des Klägers kein hierzu genügendes Interesse dargethan sei, 2) weil der Wald weder vi noch clam abgeholzt worden sei; nicht vi, denn es habe kein ausdrückliches Verbot des Klägers vorgelegen, nicht clam, denn das Abholzen habe am hellen Tage, unter den Augen der ganzen Gemeinde stattgefunden. Der Kläger bezog sich hierauf gegenerklärend ad 1) auf den Inhalt der Klage und fügte dem noch bei, daß der fragliche District zur Zeit des Abholzens zwischen den proceßführenden Parteien streitig gewesen sei, insofern jede das Eigenthum desselben beansprucht habe, bei einem streitigen Gegenstande aber jedem Theile daran gelegen sein müsse, daß mit demselben keine Veränderung vorgenommen werde, durch welche dessen Werth verringert und die Mittel zum Beweise des Eigenthums vernichtet würden. Die Düplik beschränkte sich in dieser Beziehung darauf, das Vorbringen des Klägers als irrelevant und unrichtig zu widersprechen.

Hierauf Beweisauflage an den Kläger, dahin gehend:

1) daß der Beklagte am 29. Jan. 1844 auf den in dem Risse zur Klage bezeichneten Theilen des fraglichen Distrikts beinahe sämmtliche dort befindliche Bäume heimlich oder gewaltsam habe abholzen lassen und

2) daß damals der Kläger sich im Besitze dieser Theile befunden hätte oder daß dieser Distrikt zwischen ihm und dem Beklagten streitig gewesen sei.

Gegen dieses Beweisinterlocut machte der appellirende Beklagte primär als Beschwerde geltend, daß das Interdict quod vi aut clam überhaupt zugelassen worden sei, eventuell griff er die Zulässigkeit der beiden alternativen Beweissätze sub 2 an.

In zweiter Instanz wurde jedoch der untergerichtliche Bescheid lediglich bestätigt und namentlich bezüglich der ersten Alternative der pos. 2. in der erstatteten Relation ausdrücklich anerkannt, daß der Besitz ein genügendes Interesse zur Geltendmachung des interd. quod vi aut clam constituire.

Die Beklagten wandten gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Oberappellation ein und es war in dritter Instanz, (O.A.G. zu Darmstadt) was den Beweissatz sub 1. des landgerichtlichen Erkenntnisses betrifft, die Frage zu entscheiden: ob es der erhobenen Klage wirklich, wie der oberappellantische Anwalt auszuführen versuchte, an den erforderlichen factischen Angaben gebreche, aus welchen sich entnehmen lasse, daß die fragliche Holzfällung beklagter Seits *vi vel clam* vorgenommen worden sei?

Der Referent sprach sich dahin aus, daß zwar das interdictum quod *vi*, nicht aber das interdictum quod *clam* gehörig begründet

Digitized by Google

sei und führte zur Motivirung dieser Ansicht im Wesentlichen Folgendes an:

An denjenigen Stellen des C. J., in welchen der Begriff des *clam* festgesetzt werde, (l. 3. §. 7. 8. l. 4. 5. D. 43, 24) sei der *animus celandi* als Erforderniß der Heimlichkeit festgestellt, also die Absicht, Etwas hinter dem Rücken des Betheiligten zu thun. Zwar sei es richtig, und insofern dem Oberappellaten beizustimmen, daß für den Begriff der vis sowohl, als auch für den der clandestinitas das Verbot als gemeinsamer Angelpunkt insoweit in der Mitte liege, daß unter vis die Ueberschreitung eines ausdrücklichen Verbots und unter clandestinitas die Mißachtung eines zu erwartenden Verbotes verstanden werde. Mit diesem Zusammenhange beider Begriffe werde aber der natürliche Begriff der clandestinitas nicht ausgeschlossen, er sei vielmehr mit jenem Zusammenhange in Verbindung zu bringen; der Begriff nämlich des wirklichen Heimlichthuns, der Ausführung hinter dem Rücken des Betheiligten. Wer am hellen Tage in der Nähe und unter den offenen Augen seiner Gegner, so daß es diesem natürlicher und vernünftiger Weise nicht verborgen bleiben könne, Etwas unternehme, von dem könne man unmöglich sagen: eum clam fecisse. Nach dem, was der Kläger in der Replik zugestehe, trete aber in concreto dieser Fall ein. (Berufen wurde sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf Hasse im Rhein. Museum IV. 1. §. 24. 28). Der Begriff der *vis* erfordere dagegen nach l. 1. §. 5 sqq. l. 20. pr. §. 1. D. 43, 24 l. 73. §. 2. D. 50, 17 und l. 5. §. 7. l. 8. §. 2. D. 39, 1 die Einlegung eines, wenn auch nur wörtlichen Verbots des Betheiligten, eine förmliche Prohibition und es genüge nicht, wenn man gegen einen blos vermutheten resp. auch bekannten aber nicht äußerlich kund gegebenen Willen handle. Eine förmliche Prohibition sei aber in den in der Klage erwähnten früheren Prozessen von 1828—33 resp. 1833—42 über die Grenzen resp. das Eigenthum der hier fraglichen Districte nach vorausgegangenem Herauswerfen der Pfähle von Seiten des Klägers enthalten, insofern aus diesem, bis jetzt noch unausgemachten Streite, die deutlich kund gegebene Absicht des Klägers erhelle, sich auf der streitigen Grenze resp. dem streitigen Districte Nichts gutwillig gefallen lassen zu wollen. Sei dies aber der Fall, so müsse nach l. 1. §. 9. D. 43, 24 dieses Prohibitionsfactum für alle Zukunft genügen, um Privateingriffe in die streitigen Gränzen resp. Districte als gewaltsame Handlungen zu qualificiren.

Von Seiten des Correferenten wurden dagegen nicht allein die in dem früheren Attentatenprozeß enthaltenen Voraussetzungen der vis, sondern auch diejenigen der Clandestinität als in der Klage ponirt angenommen und in dieser Beziehung geltend gemacht, der Begriff von Heimlichkeit und Gewaltthätigkeit hänge in concreto

Digitized by Google

so genau zusammen, daß man füglich beide Criterien als vorhanden annehmen könne. Die der Holzfällung vorausgegangenen Ereignisse ließen es als gewiß erscheinen, daß der Beklagte bei Vornahme der Fällung einen Widerspruch von Seiten des Klägers zu erwarten hatte. Wenn nun die Behauptung der Klage richtig stehe, der Beklagte habe am 29. Jan. 1844 durch etwa 50—60 Holzhauer den fraglichen District in aller Eile und ohne Wissen des Klägers beinahe völlig abholzen lassen, so liege hierin eine Heimlichkeit in dem gesetzlichen Sinne. (Zugleich sprach sich bezüglich der von Seiten des Oberappellanten beanstandeten Fassung des Beweissatzes sub 1. der Correferent dahin aus: die Begriffe von vi und clam factum seien in den Gesetzen so genau bestimmt, daß in dieser Hinsicht bei einer allgemein lautenden Beweisauflage Verwirrung wohl nicht zu fürchten sei. Es genüge deßhalb auch die Bezeichnung einer Handlung als vi aut clam geschehen und die allgemeine Angabe von, diese Qualitäten bedingenden, Merkmalen, wie sie hier erfolgt seien, um eine Beweisauflage, wie die landgerichtliche zu rechtfertigen).

Indem das Gr. Oberappellationsgericht den Beweissatz sub 1. des landgerichtlichen Erkenntnisses aufrecht erhielt, adoptirte es die Ansicht des Correferenten in den beiden hervorgehobenen Beziehungen.

Bei Prüfung der von dem oberappellantischen Anwalte gleichfalls angefochtenen beiden alternativen Beweissätze sub 2 des landgerichtlichen Erkenntnisses bot sich die Frage zur Entscheidung dar: welcherlei Interesse Voraussetzung das *interdictum quod vi aut clam* bilde? Der Referent hatte in dieser Beziehung unter Berufung auf Francke im Archiv für civil. Praxis Bd. 22. S. 355 fgg. geltend gemacht, daß, wer sich des Interdictes bedienen wolle ein Recht oder, was gleichbedeutend sei, ein rechtliches Interesse am Immobile haben müsse und zwar ein wirkliches Recht, kein eingebildetes, fictives Interesse. Ein solches Recht sei aber von dem Kläger behauptet und es gehe aus dem Zusammenhange der Klage hervor, daß dieselbe auf ein gänzliches resp. theilweises Eigenthumsrecht an dem fraglichen Districte gegründet sei. Auf den Besitz komme nach l. 16. pr. D. 43, 24 für das Interdict Nichts an; es sei überhaupt kein possessorisches, sondern zum Schutze petitorischer Rechte an Grund und Boden gegeben. Nur dann werde nach l. 11. §. 12. D. 43, 24 auf den Besitz für das petitorische Recht als Vorbedingung reflectirt, wenn, wie z. B. beim Kaufe das petitorische Recht von dem tradirten Besitze abhängig sei, ein Fall, der in concreto nicht vorliege.

Die zweite Alternative des Beweissatzes sub 2. betrachtete Referent als unumgänglich nothwendig, weil durch sie die Voraussetzung des interdictum quod *vi*, resp. die Identität der Streitobjecte in dem früheren und dem jetzigen Prozesse festgestellt werde

Digitized by Google

und concludirte demgemäß auf Reformation, auf Verwerfung der gegen die zweite Alternative gerichteten Beschwerde. Der Correferent seinerseits erklärte sich insoweit mit dem Referenten einverstanden, als auch er ein Recht (nicht bloßen Besitz) in dem von dem Referenten entwickelten Sinne als Voraussetzung des Interdictes betrachtete. Er war jedoch der Ansicht, daß ein solches Recht in der Klage auf eine feste und klare Weise factisch nicht begründet worden sei und concludirte deßhalb auf Aufhebung der ersten alternativen Beweisauflage.

Bezüglich der zweiten Alternative machte Correferent zunächst gegen die deßfallsigen Ausführungen des Referenten geltend, daß dieser Beweissatz dem Kläger von dem Landgerichte nicht sowohl zum Zwecke des Beweises der Identität des Streitobjectes in dem früheren und dem jetzigen Prozesse, (welcher Beweis ja schon in dem Beweissatze sub 1 mit enthalten sei) sondern aus der Rücksicht auferlegt worden sei, weil das Landgericht in dem Beweise der Litigiosität des Streitgegenstandes den Nachweis eines rechtlichen Interesse's an der erfolgten Veränderung auf Seiten des Klägers gefunden habe. Diese Litigiosität sei aber in der Replik behauptet, factisch ausreichend substanziirt und constituire allerdings ein unzweifelhaft wirksames jus prohibendi und es müsse eine deßfallsige Beweisauflage um so mehr als zulässig betrachtet werden, als der Beklagte sich duplicando nur darauf beschränkt habe, das bezügige Vorbringen der Replik als irrelevant und unrichtig zu widersprechen.

Das Gr. Oberappellationsgericht trat bezüglich der ersten Beweisalternative den Ausführungen des Referenten bei, indem es reformando dieselben dahin normirte: „daß Kläger zur Zeit der Klage Eigenthümer der fraglichen Districte gewesen"; die zweite Beweisalternative wurde hingegen dahin regulirt: „daß zu dieser Zeit das Eigenthum dieser Districte zwischen dem Kläger und dem beklagten Theile streitig gewesen sei".

Hallwachs, St. A. Substit.

10.

Muß der aus dem Vertrage des Mandatars mit einem Dritten gegen diesen klagende Mandant auch behaupten und beweisen, daß der Mandatar sich als solchen bei dem Vertragsabschluß zu erkennen gegeben habe?

Jakob Nold zu Erfelden klagte gegen Jakob Nutz zu Darmstadt auf Bezahlung von ihm gekaufter Steinkohlen. Beklagter bestritt die Activlegitimation des Klägers und behauptete, daß er nicht mit dem Kläger Jakob Nold aus Erfelden, sondern einem

Digitized by Google

gewissen Johannes Nold daselbst contrahirt habe. — Repl. wurde behauptet, daß der Beklagte nur mit Jakob Nold in Contractsverhältnissen gestanden und von diesem die Steinkohlen bezogen habe. Sollte aber auch Johannes Nold, des Klägers Sohn, einzelne Rechtsgeschäfte mit dem Beklagten abgeschlossen haben, so habe doch Beklagter immerhin mittelbar mit ihm, Kläger, contrahirt. Ueberdies habe Johannes Nold dem Beklagten ausdrücklich erklärt, daß er nicht für sich, sondern für seinen Vater, den Kläger, contrahire. Duplic. machte Beklagter geltend, Johannes Nold habe sich dem Beklagten gegenüber nicht als Mandatar seines Vaters zu erkennen gegeben.

Hierauf erkannte das Stadtgericht Darmstadt:

Kläger habe zu erweisen:

„Daß er, Jakob Nold, resp. in seinem Auftrage sein Sohn Johannes Nold zu Erfelden mit dem Beklagten diejenigen Rechtsgeschäfte abgeschlossen habe, auf welche die in der Klage beschriebenen Steinkohlenlieferungen basirt seien."

In den Entscheidungsgründen wurde blos gesagt: „die alternativ gewählte Beweisauflage: daß er — Jakob Nold — resp. in seinem Auftrag sein Sohn Johannes Nold 2c. erscheine nach allgemeinen, über die Rechtsgeschäfte zu Gunsten Dritter geltenden, Grundsätze gerechtfertigt".

Beklagter erachtete sich hierdurch insofern gravirt, als dem Kläger zu dem auferlegten Beweis pos. 1 nicht noch cumulativ der weitere Beweis zur Pflicht gemacht worden, daß Johannes Nold sich bei Abschluß des Rechtsgeschäfts als Beauftragter seines Vaters dem Beklagten gegenüber zu erkennen gegeben habe.

Gr. Hofgericht zu Darmstadt erkannte am 1. Sept. 1855:

„Daß das angeführte Erkenntniß pos. 1 dahin abzuändern, daß zu der dem Kläger dort auferlegten zweiten Beweisalternative derselbe noch weiter zu beweisen schuldig sei:

daß dem Beklagten bei Abschluß des Geschäfts bekannt gewesen sei, daß Johannes Nold als Stellvertreter seines Vaters Jakob Nold gehandelt habe".

Hierbei ging man von folgenden Erwägungen aus:

Der bekannte Rechtsgrundsatz, daß Verträge nur unter den Paciscenten wirkten, habe durch mehrfache Modificationen seine Bedeutung verloren. Wenn wir mit Hülfe eines Stellvertreters einen Vertrag abschlössen, so sei dieses auf zweierlei Art möglich. Es könne geschehen, daß der Vertreter in unserem Namen auftrete, unterhandle und abschließe; dann entstünden gegenseitige Klagen unmittelbar zwischen uns und der Gegenparthie, so daß diese Gegenparthie mit dem Stellvertreter in gar kein Rechtsverhältniß komme. Es könne aber auch so geschehen, daß der Stellvertreter in seinem eignen Namen unterhandle und abschließe, so daß erst die späteren

Folgen des Vertrags auf uns übergehen sollten. Hier entständen gegenseitige Klagen nur zwischen dem Vertreter und dem Dritten, nicht zwischen diesem und uns, weil der Dritte nicht an uns gedacht habe, nicht mit uns ein Geschäft habe eingehen wollen. Dennoch könnten auch in diesem zweiten Falle indirecte Klagen zwischen uns und dem Dritten entstehen, wir klagten gegen den Dritten mit der Contractsklage, die uns unser Stellvertreter cedire und cediren müsse, daher auch ohne wirkliche Cession mit einer actio utilis. — So lehre v. Savigny, Obligationenrecht Bd. II. §. 57. S. 61. Von gleicher Ansicht gehe Sintenis Civilrecht Bd. II. §. 102 aus, wenn er lehre: „„Die Stellvertretung bei Abschluß des Geschäfts selbst kann sowohl so geschehen, daß der Vertrag geradezu auf den Namen des Geschäftsherrn gestellt wird, als umgekehrt auf den des Beauftragten, und zwar ist es in dem letzten Fall für die hier in Rede stehende Wirkung gleichgültig, ob er sich gegen den andern Paciscenten als Stellvertreter eines Andern zu erkennen gegeben, sobald sich nur das Verhältniß als ein wirklich vorhanden gewesenes nachweisen läßt und nicht etwa wegen Irrthums in der Person seines wahren Mitpaciscenten der andere Paciscent den Vertrag anfechten kann. Uebrigens aber ist eine exceptio um so weniger möglich, als dem Mandatar freistehen würde, durch Cession der Klage an den Mandanten jeden Widerspruch zu beseitigen““.

Habe also Johannes Rold in Folge eines von seinem Vater ertheilten Auftrags mit dem Beklagten contrahirt, so habe Ersterer die Abtretung der aus dem Contract erwachsenen Klage verlangen, und deßhalb nach Savigny's Ansicht ohne eine solche wirkliche Cession mit einer actio utilis gegen den Beklagten auftreten können.

Sintenis gehe noch weiter, wenn er l. c. §. 102. S. 363 sage: „in allen den vorstehenden Fällen, in welchen wirklich ein Stellvertreter für einen Andern einen Vertrag abgeschlossen hat, mag er sich dabei als solcher zu erkennen gegeben haben, oder ꝛc.“

Befolge man die Ansicht dieser Rechtslehrer, so müsse auch zur Erbringung der Activlegitimation des Klägers vorliegend der Beweis genügen, daß sein Sohn Johannes Rold in seinem Auftrag mit dem Beklagten das fragliche Rechtsgeschäft abgeschlossen habe, und es könne in dieser Beziehung des von dem Beklagten begehrten Zusatzes nicht bedürfen. Wolle man aber der von dem Appellanten verfochtenen, sich auf Mühlenbruch Lehrb. §. 131 pos. 2. v. Vangerow, Pandecten §. 608. Mackeldey, Lehrb. Aufl. 12. §. 393. Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. I S. 393 bis 395 gründenden strengeren Ansicht folgen, dann müsse nach seinem Antrage reformirt werden.

Letztere Ansicht fand indessen die Billigung des Collegs und

Digitized by Google

auch Gr. Oberappellationsgericht zu Darmstadt bestätigte am 6. Febr. 1856 die hofgerichtliche Entscheidung.

In dem die Entscheidungsgründe vertretenden Gutachten wird gesagt:

Die Doctrin stimmt zwar darin überein, daß dem strengeren Grundsätzen des älteren römischen Rechts entgegen, nach heutigem Rechte durch einen Contract auch solche Personen, die ihn nicht selbst eingegangen, berechtigt und verpflichtet werden könnten, daß namentlich nach Analogie der institoria actio aus dem in Folge Auftrags von dem Mandatare mit einem Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte überhaupt, wie von dem Dritten gegen den Mandanten, so auch von dem Mandanten gegen den Dritten geklagt werden könne. Dagegen bestünden darüber noch die verschiedensten Ansichten, ob eine solche unmittelbare Klage nur dann, wenn der Mandatar bei dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts dem Dritten zu erkennen gegeben, daß er als Mandatar handle, oder auch dann angestellt werden könne, wenn der Mandatar diese seine Qualität verschweige, in eignem Namen contrahire, wenn dem Dritten, daß jener in Folge ihm ertheilten Auftrags handle, unbekannt gewesen. — Erstere, auch von Thibaut System §. 877, so wie von Mackeldey und v. Vangerow a. a. O. mehr oder weniger bestimmt ausgesprochene Ansicht sei als die richtigere anzusehen und finde in der Abhandlung Genslers (Archiv für civ. Praxis Bd. I. Abh. XXVI S. 393. not. 2.) ihre auf die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen gestützte, überzeugende Begründung. Derselbe lehre hier: „Der Mandatar, welcher diese seine Qualität verschweigt, ist nicht Mandatar, sondern alia persona. Eben so wenig erwirbt durch diese der mandans eine Klage gegen den Dritten. Wer, obgleich beauftragt, dennoch für sich selbst contrahirt, realisirt den Auftrag nicht, stellt ihn zurück, — und so ist dieser bei dem Vollzuge gar nicht vorhanden. Ein anderes Rechtsgeschäft, nicht das mandirte, kommt zur Existenz, ein anderes Rechtssubject contrahirt[1])". — Nur diese Ansicht könne nach den einschlagenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen, namentlich dem, daß zur Gültigkeit eines Vertrags die Uebereinstimmung des Willens der Contrahenten bezüglich der Mitcontrahenten unbedingt vorausgesetzt werde, als die gerechtfertigte angesehen werden: Der Dritte, welcher mit einem Mandatar, der ihm diese seine Eigenschaft verschweige, contrahire, welcher nur

---

1) Zu vergl. sind besonders Buchka von der Stellvertretung 2c. und Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenburg 1854. In diese Materie schlägt auch ein der Aufsatz von Ihering in seinen und Gerbers Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deutsch. Pr.-Rechts: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Bd. I. H. 2. Nr. VII. S. 273 ff. Sch.

Digitized by Google

die Absicht gehabt habe, sich diesem zu verpflichten, könne offenbar nicht als durch den Vertrag dem Mandanten verpflichtet angesehen und behandelt werden. — Lasse sich auch eine Praxis rechtfertigen, wonach derjenige Dritte, welcher in der Absicht mit dem Mandatar contrahire, zu dem Mandanten in ein Obligationsverhältniß zu treten, von dem Mandanten unmittelbar belangt werden könne; — die Annahme, daß auch dann, wenn der Mandatar nicht als solcher, sondern in eigenem Namen contrahire[2]), wenn die Absicht des Dritten nur darauf sich dieser Person zu verpflichten, gerichtet gewesen, gegen den Dritten unmittelbar zu klagen gestattet sei, verdiene, als gegen die ersten Rechtsgrundsätze verstoßend, gewiß keine Billigung. Auch heutzutage gestalteten sich die Verhältnisse, wenn der Mandatar in Folge des ihm ertheilten Auftrags im Namen des Mandanten mit dem Dritten contrahirt habe, oder, wenn er dieß in eigenem Namen gethan, sehr wesentlich verschieden. Im ersteren Falle trete der Mandant zu dem Dritten ganz in das Verhältniß, als habe er in eigner Person mit demselben contrahirt, er könne aus dem Geschäft unmittelbar gegen ihn klagen, im letzterem Falle aber entstehe an und für sich für den Dritten nur ein Rechtsverhältniß zu dem Mandatar, und diesem erwachse unmittelbar die Contractsklage gegen jenen. Der Mandant aber könne nicht unmittelbar, nicht vermöge eines eigenen ihm gegen den Dritten zustehenden Rechts, sondern nur mit Geltendmachung seines Rechts auf Uebertragung durch den Mandatar in Ausübung des diesem erwachsenen Rechts gegen den Dritten klagend auftreten. Der letztere Fall unterscheide sich von dem ersteren wesentlich, namentlich darin, daß dann der Mandant nicht ein ursprünglich ihm erwachsenes, sondern ein von dem Mandatare auf ihn übergegangenes Recht verfolge, daß er sich deßhalb alle Einreden, die dem Mandatar, wenn dieser, als der ursprünglich Berechtigte, geklagt hätte, aus dessen Person und Handlungen entgegen zu setzen gewesen, gefallen lassen müsse. Dr. K.

11.

Ist ein gegen eine Gemeinde ergangenes Contumacialurtheil nach Gr. Hessischen Gesetzen rechtsbeständig, wenn die Ladung nur dem Bürgermeister zuging?

Eine Klage des Hr. Grafen zu Isenburg-Meerholz gegen die Gemeinde Mittelgründ wurde blos dem Bürgermeister der letzteren

2) Sind die Contrahenten darin stillschweigend einverstanden, daß der Mandatar, wenn er auch beim Contrahiren sich seines eignen Namens bedient, doch nicht für eigne Rechnung, sondern nur als Vertreter eines Anderen handle, so muß dieser Andere als Contrahent gelten. S. Ruhstrat a. a. O. S. 42 ff. Sch.

Digitized by Google

sub poena confessi ad excipiendum communicirt, dieser versäumte den Termin und es erging hierauf Contumacialurtheil nach Antrag. Die verurtheilte Gemeinde ließ dieses Urtheil auf dem Wege der Appellation anfechten und zur Rechtfertigung ihrer Beschwerde im Wesentlichen Folgendes ausführen:

Weder das Gesetz vom 1. May 1830, welches auch für die Untergerichte peremtorische Termine verordne, noch ein sonstiges, bestimme, daß der Bürgermeister die Person sei, welcher mit rechtlicher Wirkung die gegen eine Gemeinde erhobene Klage zur Erklärung zu communiciren wäre, während die Gemeindeordnung vom Jahre 1821 den Gemeinderath als die gesetzliche Behörde bezeichne, welcher die Vertretung der Gemeinde in allen Gemeindeangelegenheiten obliege. Er, der Gemeinderath, habe zu beschließen, und dem Bürgermeister competire blos die Ausführung. (Art. 8 und f. der Gemde. Ord.) Art. 75. bestimme namentlich, daß die Frage, ob eine gegen die Gemeinde erhobene Klage aufgenommen und was darauf erklärt werden solle, dem Gemeinderath competire, und daß sich der Bürgermeister nur conservatorischer Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes der Gemeinde solle bedienen können. Hieraus folge, daß die gegen eine Gemeinde erhobene Klage dem Gemeinderath zu communiciren sei, wenn die rechtlichen Wirkungen eintreten sollten. Zu gleichem Ergebniß führe die Erwägung, daß gerichtliche Bekenntnisse — ausdrückliche, wie fingirte — bekanntlich zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit Veräußerungsbefugniß des Bekennenden voraussetze, während nach klarem Ausspruche unserer Gemeindeordnung nur dem Gemeinderathe in Betreff des Gemeindevermögens — und um solches handle es sich vorliegend — Veräußerungsbefugniß zustehen solle. Bis zum Gesetz vom 18. Juni 1836, welches den Gemeinden die jura minorum und mit solchen die Befugniß entzogen habe, sich gegen Versäumnisse ihrer Bürgermeister restituiren zu lassen, habe man es mit Insinuationen der fraglichen Art nicht so strenge zu nehmen brauchen, nunmehr aber sei ein Festhalten an dem Gesetze um so gebotener, als Regreßpflicht der Bürgermeister die Gemeinden in den wenigsten Fällen gegen Verluste ihrer Rechte und ihres Eigenthums sicher stellen würde. Es handle sich hier meistens um Sachen von hohem Werthe.

Gr. Hofgericht zu Gießen verwarf die Appellation. In dem Gutachten, welches die Entscheidungsgründe vertritt, wurde gesagt: Aus den in der Appellations-Rechtfertigung angezogenen Art. 12, 24 und 75 der Gemd.-Ordn. folge nicht, daß nun auch, wenn eine Gemeinde verklagt werde, das Communicativdekret dem Gemeinderath insinuirt werden müsse. Der Bürgermeister erscheine vielmehr als das Organ der Gemeinde, als deren Vertreter nach außen, und ihm geschehe daher mit Recht die Aufforderung, Namens der Gemeinde auf eine gegen sie erhobene Klage sich einzulassen.

Digitized by Google

Seine Pflicht sei es alsdann, dem Gemeinderath von der gegen die Gemeinde erhobenen Klage Kenntniß zu geben und ihn zu einer Beschlußnahme zu veranlassen, ob der Prozeß geführt werden solle. Insbesondere erkenne ein Regulativ Gr. Ministeriums vom 9. Oct. 1844 an die Kreisräthe, das unter dem 19. Novb. 1844 den Untergerichten zur Nachachtung mitgetheilt worden sei, an, daß die gegen Gemeinden erhobenen Klagen nur dem Bürgermeister zu comuniciren seien, indem es sub 7 die Bürgermeister, die es unterlassen würden, den Gemeinderath über eine gegen die Gemeinde erhobene Klage zu vernehmen, mit Disciplinarstrafen und regressorischer Haftbarkeit bedrohe. Sei es hiernach nicht zu beanstanden, daß der Bürgermeister die gesetzliche Behörde sei, welcher die Vertretung der Gemeinde obliege und daß ihm mit rechtlicher Wirkung die gegen die Gemeinde erhobene Klage zur Erklärung habe communicirt werden können und müsse, so folge hieraus, daß, wenn er die zur Erklärung auf die Klage anberaumte Frist habe verstreichen lassen, der angedrohte gesetzliche Rechtsnachtheil des Ungehorsams gegen die Gemeinde habe ausgesprochen werden müssen. Das Gericht habe nicht erst zu untersuchen gehabt, ob der Bürgermeister auch seine Schuldigkeit gethan habe, ob er mit Einwilligung des Gemeinderaths die Frist zur Vernehmlassung habe verstreichen lassen, oder aus Nachlässigkeit. Es habe die gesetzliche Folge des Ungehorsams gegen die Gemeinde aussprechen müssen, und dieser bleibe es überlassen, wegen etwaiger Nachlässigkeit oder Pflichtversäumniß ihres Vertreters die weiteren Schritte zu thun.

Gegen diese hofgerichtliche Entscheidung ergriff die Beklagte Oberberufung an das höchste Tribunal in Darmstadt, indem sie dort ihre früheren Rechtfertigungsgründe wiederholen ließ und die der hofgerichtlichen Entscheidung zu widerlegen versuchte. Allein auch das höchste Gericht verwarf die Beschwerde und ging bei seiner Entscheidung von folgender Erwägung aus:

Das gesetzliche Material für die Entscheidung der vorliegenden Frage liege in den angezogenen Art. 12 und 75 der Gemeindeordnung und dem zur Ausführung dieser gesetzlichen Bestimmung von dem Ministerium des Innern und der Justiz unter dem 9. Oct. 1844 erlassenen Ausschreiben. Seitens der Oberappellantin werde zwar in Betreff der Gültigkeit dieses Ministerialausschreibens der Einwand erhoben, daß solches, als den Art. 12 und 75 der G. O. derogirend, nicht ohne Zustimmung der Stände habe erlassen werden können. Allein abgesehen von der formellen Unerheblichkeit dieses Einwands stelle sich solcher auch materiell als unbegründet dar, indem das Ausschreiben, wie sich später zeigen werde, nichts enthalte, was den Art. 12 und 75 der G. O. entgegen wäre, vielmehr nur dasjenige verordne, was zur Ausführung dieser gesetzlichen Bestimmungen nothwendig sei, wozu die Regierung nach Art. 73. der

Digitized by Google

Verfassungsurkunde ohne ständische Mitwirkung befugt erscheine. Wende man sich nämlich zur Prüfung des Inhalts jener gesetzlichen Bestimmungen, so scheine hiernach allerdings eine Klage gegen eine Gemeinde mit Rechtswirkung sammt allen die Prozeßführung betreffenden Verfügungen des Gerichts dem Bürgermeister oder Beigeordneten der Gemeinde insinuirt werden zu können. Die Gemeinden als öffentliche Corporationen könnten natürlich nicht die im Staate ihnen zugewiesenen Rollen ausfüllen, wenn sie nicht auf gehörige Weise organisirt seien. Die Art. 8 bis 33 der Gemeindeordnung enthielten jene Organisation und bestimmten insbesondere, daß die Vertretung in allen Gemeindeangelegenheiten durch den Bürgermeister und Gemeinderath stattfinden solle. Die Art der Vertretung der Gemeinden durch den Bürgermeister und Gemeinderath sei in der Art in den genannten Artikeln regulirt, daß dem Gemeinderath die beschließende, dem Bürgermeister aber die executive Gewalt zugewiesen sei. Ersteres bestimme der Art. 11 in den Worten: „der also gebildete Ortsvorstand ist der gesetzliche Vertreter der Gemeinden in allen Angelegenheiten der Gemeinde. Letzteres sei in den folgenden Artikeln bestimmt, besonders in den Artikeln 12 und 24, worin der Bürgermeister für die ausführende Behörde, der Gemeinderath aber für eine, dem Bürgermeister zur Seite stehende, berathende und mitaufsehende (controlirende) Behörde erklärt werde. — Aus der Stellung nun, welche das Gesetz dem Bürgermeister sowohl, als dem Gemeinderath gegeben habe, scheine mit Nothwendigkeit gefolgert werden zu müssen, daß der Bürgermeister schriftliche Zustellungen für den Gemeinderath und somit auch für die Gemeinde mit Rechtswirkung in Empfang nehmen könne. Denn da das Gesetz den Bürgermeister für das ausführende Organ und den Gemeinderath nur für eine berathende und mitaufsehende Behörde erkenne, so scheine es klar zu sein, daß es damit habe aussprechen wollen: alle Beschlüsse des Gemeinderaths können nur durch den Bürgermeister ausgeführt werden, alles muß also von dem Bürgermeister ausgehen, sowie auf der anderen Seite auch alles, was an den Gemeinderath gelangen soll, durch die Hand des Bürgermeisters, als des Haupts des Gemeinderaths, dahin zu gehen hat.

Aus dem Gesagten folge aber auch nothwendig, daß Zustellungen, welche für das Collegium des Gemeinderaths bestimmt seien, mit rechtlicher Wirkung an den Bürgermeister geschehen könnten.

In dem angeführten Ministerialausschreiben sei zwar nicht mit bestimmten Worten verordnet, daß Zustellungen der fraglichen Art an den Bürgermeister geschehen sollten, es sei aber diese Art der Zustellung vorausgesetzt. Ueberall werde nämlich hierin der Satz festgehalten, daß dem Gemeinderath nichts weiter als die Berathung zustehe, ob ein Rechtsstreit geführt werden solle

Digitized by Google

und daß alle sonstigen Anordnungen durch den Bürgermeister zu geschehen hätten, es werde sogar noch ausdrücklich verordnet, daß der Bürgermeister disciplinarisch verfolgt und regessorisch in Anspruch genommen werden solle, der die Vernehmung des Gemeinderaths über eine gegen die Gemeinde angestellte Klage unterlassen, eine Verfügung, welche nur erklärbar sei, wenn unterstellt werde, daß das Mittheilungs-Dekret sammt Klage dem Gemeinderath unbekannt geblieben sei, und so eine Erklärung nicht habe erfolgen können, die Gemeinde also als contumax angesehen worden sei, was natürlich alles voraussetze, daß die Zustellung an den Bürgermeister mit rechtlicher Wirkung für die Gemeinde geschehen sei".

Dr. K.

12.

Welche Rechtsmittel hat der Pächter, wenn er von seinem Verpachter im Pachtgenuß gestört wird?

Nachdem der Gr. Hofgerichtsassessor von Lersner den ihm gehörigen Carlshof dem L. Hoffmann pachtweise in Benutzung gegeben hatte, fällte Ersterer eigenmächtiger Weise auf dem Pachtgute stehende Bäume, was Letzteren veranlaßte, bei Gr. Hofgerichte zu Darmstadt wegen Pacht-, resp. Besitzstörung, Klage zu erheben und um Schutz gegen fernere Störungen im Pachtgenusse zu bitten.

Dieser Klage wurde beklagter Seits die Einrede der Ineptie opponirt, weil Kläger nicht juristischer Besitzer, sondern nur Detentor sei, was den Kläger veranlaßte, replicando vorsorglich zu behaupten, sein Antrag sei auch schon durch die Contractsklage begründet.

Gr. Hofgericht erhielt die Klage aufrecht und wurde hierbei von folgender Erwägung geleitet. —

Das interdictum uti possidetis — und als ein anderes poss. Rechtsmittel könne die vorliegende Klage gar nicht in Betracht kommen — stehe nur dem juristischen Besitzer, nicht aber dem detentor (Pachter) zu. Es entstehe daher die weitere Frage, ob Klägers petitum: „dem Beklagten bei namhafter Strafe aufzugeben, sich fernerer Pachtgenußstörungen zu enthalten", nicht schon durch die Contractsklage, also die actio conducti, begründet sei? —

Diese Frage sei zu bejahen, denn nach fr. 15, 19. D. 19, 2. gehöre es zu den Verpflichtungen des Vermiethers, dem Miether die vermiethete Sache auf die Dauer der Miethzeit zur Benutzung zu überlassen. Störe also der Vermiether diese Benutzungsüberlassung, indem er sich entweder selbst Nutzungen zueigne, oder gar, wie hier behauptet werde, das vermiethete Object eigenmächtig

Digitized by Google

[illegible] errichte, so handle er contractswidrig, und dieses Benehmen, wie auch die gebrauchte Selbsthülfe, rechtfertige, besonders in Verbindung mit der Vorschrift des decreti Div. Marci, die Imploration an den Richter, dem Beklagten, welcher sich bereits durch sein offenes Factum als gewaltthätig zu erkennen gegeben, und hierdurch den justus timor fernerer Eigenmächtigkeit gegen sich erweckt habe, fernere contractswidrige Störungen bei Strafe zu untersagen. Nach dieser Ansicht, und gerade auf die Contracts-Klage hin, seien auch schon früher sofort Mandate gegen den störenden Vermiether erlassen worden".

Gegen dieses Urtheil ergriff Beklagter die Berufung an Gr. Oberappellationsgericht, indem er beantragte, die Klage wie angebracht abzuweisen. Allein das höchste Gericht billigte die hofgerichtliche Entscheidung und verwarf die Beschwerde. Dr. K.

13.

Muß der Fall der Abwesenheit des Bezogenen bei der Präsentation eines Wechsels ausdrücklich im Proteste beurkundet werden?

Ein gewisser Portefeuillefabrikant Friedrich J. Stautz zu Offenbach hatte am 1. und 10. Sept. 1854 zwei Wechsel von 75 und 64 Pfund Sterling auf die Firma Bigger und Landsberger in London, Ordre Eigene, zahlbar drei Monate dato, gezogen und nach geschehener Acceptation an die Handlung Hubert Bauer Sohn zu Aachen girirt, welcher dann zum Zwecke des Incasso diesen Wechsel weiter an Henry Hoffmann in London indossirte. Letzterer präsentirte in der Wohnung des Bezogenen an den verschiedenen Verfalltagen die beiden Wechsel und ließ, da ihm hier die Zahlung verweigert wurde, durch einen Notar Protest aufnehmen. In der einen der beiden Protesturkunden war bemerkt worden, daß der Wechsel einem anwesenden jungen Mann präsentirt worden sei, welcher erklärt habe, der Wechsel könne nicht bezahlt werden; in der anderen Protesturkunde hieß es, der Wechsel sei einem Handlungsdiener präsentirt worden, welcher zur Antwort gegeben habe, man möge sich an den Aussteller halten.

Auf diese beiden Protesturkunden hin erhob die Handlung Hubert eine Regreßklage gegen Stautz bei dem Landgericht Offenbach. Dieses Gericht wies aber die Klage ab, weil inhaltlich der Protesturkunden die Wechsel nicht dem Bezogenen sondern einem unbetheiligten Dritten präsentirt worden seien, und hieraus auch nicht hervorgehe, daß der Bezogene abwesend gewesen sei. Dieses Urtheil ward denn auch in den beiden oberen Instanzen vom Hofgerichte zu Darmstadt und dem Oberappellationsgerichte daselbst auf

Digitized by Google

ergriffene Berufung, worin ausgeführt worden war, daß auch einem Handlungsdiener statt des Geschäftsherrn der Wechsel präsentirt werden könne, bestätigt. — In den Entscheidungsgründen des höchsten Gerichts ist im Wesentlichen folgendes bemerkt.

„Der Artikel 88 der a. t. W. besage unter Anderem, der Protest müsse enthalten:

„Den Namen oder die Firma der Personen, für welche und gegen welche Protest erhoben wird,

„das an die Personen, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort, oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe, oder nicht anzutreffen gewesen sei.

„In der Conferenzsitzung vom 18. November 1847 sei über die Person, gegen welche Protest erhoben wird, folgendes gesagt.

„„Was dagegen die Person betreffe, gegen welche der Notar, falls er eine solche überall vorgefunden, sich seines Auftrags entledigt habe, so könne es nicht Absicht sein, daß der Notar jedesmal den Namen derselben anführe, da er diesen nicht immer wissen und erfahren könne, dagegen sei es aber erforderlich, daß der Protest eine allgemeine Bezeichnung dieser Personen enthalte, daß namentlich bemerkt werde, ob der Protestat selbst anwesend gewesen sei, oder ob ein Theilnehmer des Geschäfts oder ein Commis, Diener oder wer sonst auf seinen Antrag geantwortet habe.““

„Hiermit solle wohl nur gesagt werden, daß, wenn der Wechselpflichtige abwesend sei, dieses angeführt und zugleich die ihn vertretende Person bemerkt werden müsse, ohne daß gerade nöthig sei, den Namen derselben anzuführen. — Denn in der Natur der Sache liege es, daß gerade der Person, welche eine Wechselverbindlichkeit erfüllen solle, der Wechsel präsentirt werde, daß gerade gegen sie, wenn sie dieselbe nicht erfülle, der Protestact zu erheben sei, indem ja gerade der Beweis mit dem Protest geführt werden solle, daß sie nicht gezahlt habe. Indessen treffe es sich häufig, daß der Bezogene abwesend oder nicht anzutreffen sei, und für diesen Fall könne auch Protest erhoben werden, indem es dann nur nothwendig sei, daß die Abwesenheit urkundlich gemacht werde. In Abwesenheit des Wechselverpflichteten werde dann gewöhnlich ein Commis, ein Diener oder sonst Beauftragter gegenwärtig sein, welcher auf die Präsentation des Wechsels Erklärung abgebe, und das sei denn ebenfalls in dem Protest zu erwähnen, ohne daß gerade der Namen dieser Person in dem Proteste angegeben werden müsse. Das gehe aus den Conferenzprotokollen hervor (Brauer S. 161 Nr. 2). In den vorliegenden Protesten fehle aber nun die Beurkundung, daß der Bezogene abwesend oder nicht anzutreffen gewesen sei. Das sei ein wesentlicher Fehler, da nunmehr nicht erhelle, warum der Wechsel dem Bezogenen nicht vorgezeigt worden sei. Der hiergegen erhobene Einwand, es gehe gerade daraus, daß die Gegenwart des Bezogenen nicht und nur

die des Commis erwähnt worden sei, mit Wahrscheinlichkeit die Abwesenheit des ersteren hervor, könne nicht entscheiden da hier Wahrscheinlichkeiten nicht genügten, vielmehr nur urkundliche Beweise in Beachtung kommen könnten". (Entsch. v. 14. Sept. 1855).

14.

Entscheidet bei einem im Auslande aufgenommenen Proteste das ausländische oder inländische Gesetz über die Erfordernisse des Inhalts einer Protesturkunde? (Art. 88. der W. O.)

In dem in der vorigen Nummer dargestellten Rechtsfalle hatte die Klägerin weiter geltend gemacht, daß in Gemäßheit des Art. 86. der a. t. W.,

„Ueber die Form der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen entscheidet das dort geltende Recht"

die in London über den Inhalt der Protesturkunde geltenden Gesetze maaßgebend seien, nach diesen Gesetzen aber die Beurkundung der Abwesenheit des Bezogenen nicht nöthig sei. Hierfür streite auch im vorliegenden Falle die Vermuthung, da angenommen werden müße, der Notar habe die Protesturkunden nach Vorschrift der englischen Gesetze aufgenommen.

In den Entscheidungsgründen des Urtheils zweiter Instanz wurde dagegen bemerkt,

„Der Art. 86. der a. t. W. beziehe sich nicht auf solche Vorschriften, wie sie Artikel 88. enthalte. Denn als Vorschrift einer blosen Form, d. h. der Art und Weise, wie der Inhalt eines Begriffs vorgestellt werde, könne dasjenige nicht erachtet werden, was den Worten des Gesetzes nach, als wesentlicher Bestandtheil des Actes selbst erscheine, es folge aber aus Art. 86, daß, soweit es sich nicht um bloße Formen handle, nur die Vorschriften des Art. 88. über die Rechtsgültigkeit der Proteste entscheiden könnten. Die allgemeine Regel, daß der Staat auch das im Auslande geschlossene Rechtsgeschäft schütze, wenn es nur den am Orte der Errichtung geltenden Gesetzen gemäß sei, und der hieraus abgeleitete Satz „locus regit actum" leide also hier keine Anwendung. Zu leugnen sei es indessen nicht, daß es für den Wechselverkehr sehr hemmend sei, wenn der ausländische Notar, der die a. t. W. nicht zu kennen brauche, bei der Protestaufnahme über die Präsentation eines im Inlande ausgestellten Wechsels nach den Vorschriften des Artikel 88. der a. t. W. sich richten müsse. — Ferner habe aber auch die Klägerin keine Beweise dafür beigebracht, daß die erhobenen Proteste den Vorschriften des englischen Rechts genügten; eine Vermuthung streite aber blos dafür, daß der beurkundete Inhalt der Proteste der Wahrheit entspreche,

Digitized by Google

nicht aber dafür, daß die Aufnahme des Protestes den am Orte derselben geltenden Gesetzen gemäß sei. —

Das höchste Tribunal adoptirte jedoch in seinem Urtheile blos den zweiten nicht aber den ersten Entscheidungsgrund des Urtheils zweiter Instanz. Dort heißt es nämlich:

„In Gemäßheit des Art. 86 der a. t. W. wo der Grundsatz locus regit actum sanctionirt sei, entscheide im vorliegenden Falle an sich das englische Recht. Ob aber dieses etwas Anderes bestimme, als der Art. 88. der a. t. W. wie Klägerin behaupte, namentlich die Anführung der Abwesenheit des Bezogenen nicht verlange, wisse man nicht, vermöge also nicht zu beurtheilen, ob die vorliegenden Proteste hiernach als gesetzlich erachtet werden könnten. So lange man aber von der Klägerin hierzu nicht in Stand gesetzt werde, bleibe nichts übrig, als die eigene Gesetzgebung der Beurtheilung des Falls zu Grunde zu legen".

S.

15.

Kann bei Wechselverbindlichkeiten die Einrede aus dem Senatus consultum Vellejanum überhaupt und insbesondere auch gegen den weiteren Wechselnehmer von der intercedirenden Frau geltend gemacht werden?

Die Ehefrau des Ludwig Baur zu Darmstadt hatte drei verschiedene Wechsel, nämlich einen auf die Summe von 650 Gulden lautenden der Ehefrau des Rabbinen Dr. Auerbach zu Darmstadt, einen anderen, auf die Summe von 814 Gulden lautend, einem gewissen Schad und einen dritten, lautend auf die Summe von 350 Gulden, einem gewissen Lehrer Neupasser von Eberstadt ausgestellt. Die Remittenten Schad und Neupasser indossirten nachher die ihnen ausgestellten Wechsel an die Ehefrau des Rabbiner Dr. Auerbach, so daß letztere nun Inhaberin der drei benannten Wechsel wurde. Dieselbe erwirkte auch später im Wechselprozeß die Verurtheilung der Wechselausstellerin zur Zahlung der fraglichen einzelnen Wechselbeträge. Letztere aber sah sich nunmehr veranlaßt, eine Klage auf Rückersatz der bezahlten Wechselbeträge gegen die Ehefrau des Dr. Auerbach anzustellen, indem sie sich auf das Senatus consultum Vellejanum und darauf berief, daß die verschiedenen Wechseln zur Deckung von Schulden ihres Ehemanns und zwar auf Veranlassung oder wenigstens mit Vorwissen der obenbenannten Remittenten ausgestellt worden seien. Diese Thatsachen wurden von der Beklagten als unwahr in Abrede gestellt, und erhob sich nun die Frage, ob jene Thatsachen und inwieweit relevant seien, ob daher die Klage zuzulassen, und

Digitized by Google

demgemäß auf Beweis zu erkennen sei. In der höchsten Instanz[1]), wohin die Sache gelangte, wurde die Klage für zulässig erachtet und hierbei angenommen, daß auch gegen Wechselansprüche das Senatusconsultum Vellejanum und zwar selbst dem dritten Indossatar gegenüber Wirksamkeit äußere.

Man ging hier im Wesentlichen von folgenden Erwägungen aus:

Die a. t. W., wenn sie auch die Frauen ganz allgemein für wechselfähig erkläre, enthalte keine Bestimmung, welche die Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Grundsätze und der bei uns bestehenden partikular-rechtlichen Vorschriften über die Bürgschaften unanwendbar machten.

Vgl. namentlich Aug. Weber im Archiv für practische Rechtswissenschaft. Bd. III. Nr. VII.

Die den Frauen in der a. t. W. allgemein zugestandene Wechselfähigkeit könne in keinem weiteren Umfang aufgefaßt werden, als in der ihnen nach gemeinem Civilrecht überhaupt zukommenden Vertragsfähigkeit. Sei daher Frauen die Eingehung gewisser Geschäfte untersagt, so müsse diese partielle Vertragsunfähigkeit der generellen der Wirkung nach ganz gleich stehen; es sei kein befriedigender Grund dafür gegeben, ohne Beachtung der partiellen Vertragsunfähigkeit die den Frauen verliehenen Rechte lediglich aus dem Gesichtspunkte eines denselben verliehenen beneficii zu betrachten[2]). — Das Wechselversprechen habe an sich mit der

---

1) Die Entscheidung der vordern Instanz, durch welche die Klage aus besondern hierher nicht gehörenden Gründen abgewiesen wurde, interessirt nicht weiter.

2) Aus dem Gesichtspunkte einer relativen Vertragsunfähigkeit können Intercessionen der Weiber nicht betrachtet werden. Diese Intercessionen sind keine bestimmte Gattung von Rechtsgeschäften, sie können vielmehr bei den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften vorkommen, und haben ihre besonderen Voraussetzungen. Namentlich sind hier auch Rücksichten für den Gläubiger entscheidend. Liegt bei einem von Seiten einer Frau mit diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte eine Intercession offensichtlich vor, oder muß eine solche vorhandene Intercession nach allem von dem Gläubiger vermuthet werden, dann steht ihm die exceptio ex Sen. Vell. entgegen, andernfalls unter der Voraussetzung, wenn er von der Intercession Kenntniß hatte. Die Intercession — einer Frau — kann im Allgemeinen als die durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger in fremdem Interesse übernommene Verbindlichkeit bezeichnet werden. Die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit enthält keine Intercession, wenn sie in eigenem Interesse, z. B. zur Deckung einer Schuld geschah, dagegen enthält die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit, welche zum Besten eines Dritten, (auch wenn sich dieser dem Gläubiger nicht verbindlich gemacht hatte), übernommen wurde, eine Intercession. Regelmäßig wird allerdings die Uebernahme einer Verbindlichkeit in fremdem Interesse, als Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit — durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger — äußerlich erscheinen, und in diesem Falle steht dem

Digitized by Google

Bürgschaft nichts gemein. Allein der Umstand, daß der Wechsel ein Formalcontract sei, dessen Gültigkeit und rechtliche Wirkung nur nach eigenen strengen Grundsätzen des Wechselrechts und nicht nach denen des Civilrechts beurtheilt werden dürfe, dessen Ausstellung ein unbedingtes Zahlungsversprechen enthalte, einen eigenen Klaggrund bilde, und nur allgemeine Vertragsfähigkeit zu seiner Gültigkeit erfordere, schließe nicht aus, daß, wenn sich aus den dem Wechselgeschäft unterliegenden Verhältnissen ergebe, daß die Uebernahme der formell gültigen Wechselverpflichtung entweder überhaupt ohne einen materiellen Verpflichtungsgrund, oder doch ohne einen rechtlich gültigen und erlaubten eingegangen worden sei, der Wechselverpflichtete der an sich gültigen Formalverpflichtung eine wirksame Einrede entgegensetzen und dieselbe je nach ihrer Liquidität entweder im Wechselprozeß selbst, oder in ordinario geltend machen könne. (Weber l. c. p. 181). Es könne unmöglich gestattet sein, das eigenthümliche dem gemeinen Civilrecht fremde Wechselgeschäft dazu zu mißbrauchen, um hierdurch ein gemeinrechtliches fortwährend verbotenes oder nur unter gewissen Voraussetzungen erlaubtes Geschäft, mit Umgehung der deßfallsigen gesetzlichen Vorschriften, zu verwirklichen. — Das müsse ganz besonders auf die Einrede aus dem Sen. Vellejanum bezw. der Auth. si qua mulier Anwendung leiden, da dieses bei jeder Art der Intercessionen der Ehefrauen und bei jeder Form, unter der dieselben stattfänden, seine vernichtenden Wirkungen äußere. fr. 2. §. 4. Dig. XVI, 1). Arglist des Beklagten sei hierbei keine wesentliche Voraussetzung jener Einrede.

Die Mitglieder der Leipziger Wechselconferenz hätten sich zwar unzweifelhaft dahin ausgesprochen, daß die Möglichkeit einer unstatthaften Intercession für einen Dritten bei Beurtheilung des Wechselgeschäfts als formelles Geschäft nicht in Betracht kommen könne. Da aber in der a. t. W. hierüber keine Bestimmung aufgenommen sei, welche, um die Aufhebung des zweifellosen gemeinen Civilrechts annehmen zu können, wesentlich erforderlich gewesen wäre, so könne dieser Meinungsäußerung wohl um so weniger ein entscheidendes Gewicht beigelegt werden, als in den Motiven des der a. t. W. zu Grunde gelegenen Pr. Entwurfs ad §. 1. in Bezug auf die hier in Betracht kommende Frage bemerkt werde, daß diese Beantwortung der Rechtsprechung mit Rücksicht auf die in den verschiedenen Territorien bestehenden Vorschriften über Intercessionen der Frauen werde überlassen werden können.

Gläubiger aus der stattgehabten Intercession die exceptio ex Sen. Vell. entgegen. — Wurde dagegen eine eigene Verbindlichkeit in fremdem Interesse dem Gläubiger gegenüber übernommen, dann steht diesem jene Einrede nur dann entgegen, wenn er wußte, daß die fragl. Verbindlichkeit in fremdem Interesse übernommen wurde. S. fr. 11, 12, 13 pr. Dig. XVI, 1.

Digitized by Google

Die vorstehende Klage enthalte aber nun in ihrem thatsächlichen Vorbringen alles dasjenige, was zu einer rechtsunwirksamen Intercession der Frauen vorausgesetzt werde und es sei daher, da von Seiten der Beklagten sich verneinend auf jenen Inhalt eingelassen worden sei, eine entsprechende Beweisauflage geboten. In Bezug auf die beiden Wechsel von 814 Gulden, und 350 Gulden, welche der Beklagte durch Indossament erworben habe, erhebe sich nur noch die weitere Frage, ob auch dem dritten Indossatar gegenüber sich auf das Senatusconsultum Vellejanum berufen werden könne. Auch diese Frage müsse übrigens bejaht werden, wie näher ausgeführt habe Weber l. c. §. 9. Daß die aus dem Senatusconsultum Vellejanum und der Authentica si qua mulier entspringende Nichtigkeit eine rei cohaerens sei, und von den Frauen bzw. Ehefrauen, sowie allen denjenigen, welche an den Intercessionen Theil genommen hätten, nicht blos gegen den ursprünglichen Gläubiger, sondern auch gegen jeden Dritten, der aus der Intercession Rechte ableite oder Sachen des Frauenzimmers besitze, geltend gemacht werden könne, unterliege keinem Zweifel. (Wening-Ingenheim Lehrbuch des R. R. Bd. III. §. 373. fr. 39 §. 1. Dig. VI, 1, fr. 32. §. 1. Dig. XVI, 1. const. 7. Cod. IV, 29. Die Vorschriften im §. 82. der a. t. W., welche dem Wechselschuldner unter andern nur solche Einreden gestatte, die ihr unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, ständen hier auch nicht entgegen, da das hier gebrauchte Wort unmittelbar eine soweit gehende Wirkung nicht zulasse, daß hierdurch der Gebrauch einer Einrede, gestützt auf eine dem Wechsel gewissermaßen selbst anklebende Nichtigkeit, ausgeschlossen sein könnte [3]).

---

3) Eine der Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt entgegenstehende wurde am 13. Dec. 1853 von dem Obertribunal zu Berlin erlassen. S. Seufferts Archiv rc. Bd. X. Nr. 79. Hier wurde nämlich angenommen, daß dem dritten Indossatar gegenüber die Einrede aus dem Sen. Vell. nicht entgegengesetzt werden könne. Man ging hier davon aus, daß die exceptio aus dem Sen. Vell. keine solche sei, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehe; vielmehr seien die Rechtswohlthaten der Frauen durch das Civilrecht geschaffen. Dem Nachmanne des ursprünglichen Schuldners könne aber diese nicht wechselrechtliche Einrede nach Inhalt des Art. 82. der a. t. W. nicht entgegengestellt werden; denn jeder Indossatar und Nachmann erhalte eigene selbstständige Rechte und trete nicht blos in das Rechtsverhältniß des Indossanten zum Wechselschuldner ein. — Die Ansicht des Berliner Obertribunals muß auch wohl als die richtige anerkannt werden. Denn wenn auch, wie Weber in der obenangezogenen Abhandlung näher ausgeführt hat, das Sen. Vell. auch bei Wechselverbindlichkeiten nicht ausgeschlossen ist, so kann doch hieraus keine Einrede gegen den Indossatar hergeleitet werden, welcher nichts von der stattgehabten Intercession weiß. Zu den aus dem Wechselrecht hervorgehenden Einreden gehört die exceptio Sen. Vell. nicht, weil, wie in der vorigen Note bemerkt

Digitized by Google

Hiernach wurde dann eine dem Klagvorbringen entsprechende Beweisauflage (deren näherer Inhalt hier nicht weiter interessirt) von dem höchsten Gerichtshof erlassen. (Entsch. v. 22. Febr. 1856.)

H.

16.

Anwendbarkeit der Rechtsregel, daß Niemand seine eigenen Handlungen anfechten könne, auf Pfleger, welche Namens ihrer Pflegbefohlenen und für sie um Restitution bitten. Uebersicht der Praxis des Oberappellationsgerichts in Darmstadt hinsichtlich dieser Streitfrage.

In Sachen des Friedrich Seip und Consorten von Büdesheim, Kläger, gegen Johannes Mies Wittwe und Kinder daselbst, Beklagte, Erbschaft betreffend, richteten Erstere eine außergerichtliche Beschwerde an das Oberappellationsgericht in Darmstadt, über welche das Gr. Hofgericht der Provinz Oberhessen unterm 9. März 1849 dahin berichtete: „Im März 1847 erhoben die Querulenten eine Erbschaftsklage gegen die jetzigen Querulaten. Nach stattgehabter Verhandlung ertheilte das Gr. Landgericht G. am 4. Dec. jenen Jahrs ein Beweisinterlocut, das die Rechtskraft beschritt Es erfolgten darauf weitere Verhandlungen, welche ein anderes Urtheil vom 12. Juli v. J. herbeiführten. Kurze Zeit nach dessen Erlaß reichten die Beklagten einen Vortrag bei dem Landgericht ein, in welchem sie auf den Grund der Minderjährigkeit der Meis'schen Kinder um Restitution gegen den Ablauf der Frist zur Anzeige der Appellation gegen das erste jener Urtheile baten. Das Landgericht schlug ohne weitere Verhandlung dieses Gesuch durch ein Dekret vom 21. Juli v. J. ab. Gegen dieses ergriffen die Beklagten außergerichtliche Beschwerde an uns und verbanden damit

---

wurde, die Frauen nicht als relativ wechselunfähig angesehen werden können. — Wenn aber Art. 82. der a. t. W. weiter bestimmt, daß außer solchen wechselrechtlichen Einreden der Wechselschuldner nur solcher Einreden sich bedienen könne, die ihm unmittelbar gegen den fraglichen Wechselinhaber zustehen, so sollten hiermit nicht blos solche Einreden ausgeschlossen werden, welche aus der mangelnden Activlegitimation des Indossanten in Bezug auf den Wechsel — ex persona et facto indossantis — hergenommen worden sind, sondern auch solche, welche sich auf die mangelnde Passivlegitimation des Wechselschuldners, auf eine, diesem zustehende, seine Schuldverbindlichkeit elidirende Einrede — insofern diese nicht die Wechselfähigkeit berührt — gründen. Es kommt daher darauf an, ob der spätere Nachmann sich irgendwie an der fehlerhaften causa, welche der Wechselverbindlichkeit unterliegt, durch seine Wissenschaft so betheiligt hat.

H.

Digitized by Google

die Rechtfertigung der Appellation gegen jenes Interlocut vom 4. Dec. 1847. In der Appellationsinstanz wurde jene Beschwerde für begründet erachtet und sofort auch ein reformatorisches Urtheil erlassen. Gegen dieses verfolgten die Kläger das Rechtsmittel der Revision. Nach Einreichung des Libells zu dessen Rechtfertigung ersahen wir, daß darin keine Beschwerde über das Materielle der Appellation aufgestellt, sondern nur der Theil des Urtheils, welcher sich auf die außergerichtliche Beschwerde der Beklagten, auf die erbetene Rechtswohlthat der Restitution bezieht, angefochten wurde. Es steht uns nicht zu, über diese in letzter Instanz zu entscheiden; der revidentische Anwalt hat daher, unsers Ermessens mit vollem Grund, beantragt, die Acten an dieses höchste Tribunal zur Verfügung über seine Beschwerde einzusenden. Zwar wurde die Entschließung über das Restitutionsgesuch der Beklagten in das hofgerichtliche Urtheil aufgenommen; durch diese nur äußerliche Verbindung hat aber jene noch nicht den Charakter eines der Rechtskraft fähigen Decisivdekrets angenommen, welcher sich nach ganz andern Voraussetzungen bestimmt, und auch die in Folge der Gewährung der Restitution erlassene Reformatoria vermag nicht jene Eigenschaft zu begründen; vielmehr muß sie mit der Prämisse, ob die Restitution zu gewähren, oder abzuschlagen sei, stehen oder fallen. Was die Gründe anbelangt, aus welchen die Restitution gewährt wurde, so erlauben wir uns auf die Ausführung in dem erstatteten Vortrage hinzuweisen".

Unterm 11. April 1849 verfügte das oberste Gericht: „In Sachen rc. wird die von Ersteren (Kläger) gegen die in dem Urtheil Gr. Hofgerichts vom 13. Dec. v. J. enthaltene Bestimmung: daß, unter Wiederaufhebung der Verfügung des Landgerichts S. vom 21. Juli 1848, den beklagten minderjährigen Kindern des Joh. Mies die nachgesuchte Restitution wegen Versäumung der Appellation gegen den Bescheid desselben Gerichts vom 4. Dec. 1847 zu ertheilen sei, erhobene außergerichtliche Beschwerde in dem Betracht, daß die gedachte Bestimmung auf die von der Gegenseite gegen das landgerichtliche Dekret vom 21. Juli 1848 verfolgte Extrajudicialbeschwerde ergangen, daher, obgleich in Bescheidsform erlassen, doch als ein der Rechtskraft fähiges Decisum nicht zu betrachten ist, zwar als an sich statthaft angenommen, jedoch in Erwägung, daß die Klage zu Folge des dazu am 15. Mai 1847 übergebenen Nachtrags ausdrücklich gegen die Wittwe des Johann Meis in eignem Namen und als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder gerichtet worden ist, Letztere daher als Mitbeklagte erscheinen und in dieser Eigenschaft von ihrer Mutter, als ihrer natürlichen Vormünderin, in diesem Prozesse ausweislich der darüber gepflogenen Verhandlungen vertreten worden sind, daß Minderjährige gegen die sie benachtheiligenden Handlungen oder Unterlassungen ihrer Vertreter auf den Grund ihrer Minder-

Digitized by Google

jährigkeit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzusprechen haben, darin aber, daß die Mutter der Restitutionsimploranten es versäumt hat, gegen den Bescheid des Landgerichts vom 4. Dec. 1847 im Interesse ihrer Kinder ein Rechtsmittel zu verfolgen, eine diese benachtheiligende Unterlassung allerdings zu erkennen ist, indem dieselben dadurch in einem ihnen zustehenden Recht verletzt worden sind, daß sonach die Voraussetzungen für die Ertheilung der Namens derselben nachgesuchten Restitution vorlagen und es zur Begründung dieser des Nachweises eines denselben durch die Versäumniß ihrer Mutter zugefügten materiellen Nachtheils nicht bedurfte, daß endlich da, wo es sich, wie in dem vorliegenden Fall, um die Rechtswohlthat der Restitution handelt, und die Gründe für die Gewährung derselben klar aus den Acten erhellen, das Gericht befugt erscheint, die erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch ohne vorgängige Einleitung einer Verhandlung über das Restitutionsgesuch zu ertheilen — sowohl in ihrer primären, als auch in ihrer eventuellen Richtung als nicht begründet hiermit verworfen“.

Im Jahr 1853 erwuchs in Sachen des Franz Kirchner in Birnheim als Curator des Heinrich Bopp daselbst, Klägers, gegen die Wittwe des Heinrich Werle in Bensheim, Beklagte, ein Rechtsstreit an das Oberappellationsgericht in Darmstadt. Die Beklagte hatte nämlich die Oberberufung darum ergriffen, weil Kläger zur Anfechtung seiner eignen Handlung, resp. Unterlassung im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugelassen worden war. Das Gutachten des Referenten beschäftigte sich zuerst mit der Frage, ob dem klagenden Curator eine schuldvolle Vernachlässigung der Rechtszuständigkeiten seines Pflegbefohlnen zur Last liege, und verneinte sie[1]). Ganz abgesehen davon — so fügt das Gutachten hinzu — so kann hierauf nichts ankommen, weil zu Folge eines Eintrags in unser Notizenbuch, lautend:

1) Es handelte sich namentlich von der Versäumung der zur Anfechtung der Distribution der Concursmasse anberaumten Frist. Diese habe Kläger nicht schuldvoll versäumt; denn er habe noch vor deren Ablauf, also zeitig, einen Anwalt zur Wahrung der Rechtszuständigkeiten seines Curanden bestellt, also Alles gethan, was von seiner Seite zur Betreibung einer verwickelten Rechtsangelegenheit, der er wohl nicht gewachsen, habe geschehen können. Selbst der von ihm bestellte Anwalt erscheine als entschuldigt, indem er sich vorläufig auf ein Gesuch um Erstreckung der Frist beschränkt habe, da er ohne die gleichzeitig nachgesuchte Acteneinsicht nicht habe handeln können, so daß ihm unbedenklich die erbetene Fristerstreckung zu bewilligen gewesen wäre. Sei nun dieses nicht geschehen und darum die Frist versäumt worden, so werde dem Curator die Befugniß, Restitution nachzusuchen, ebenso wenig versagt werden können, wie sie ihm dann, wenn er selbst Parthie wäre, beim Mangel eigner Verschuldung bestritten werden könne.

Digitized by Google

Nach Berathung über die Frage, ob ein Curator befugt sei, wegen einer durch sein Verschulden zugefügten Verletzung für den Curanden um Restitution zu bitten? gelangte man zu dem Ergebnisse: daß der allgemeine Grundsatz, Niemand könne seine eigenen Handlungen anfechten, bei der Eigenthümlichkeit der Restitutionsgesuche ohne Einfluß auf jene Frage sei und in Gemäßheit der neueren Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts der Curator nicht als verhindert betrachtet werden könne, selbst dann Restitution nachzusuchen, wenn die Verletzung auf seine eigne Schuld zurückfalle. Verfügung vom 3. Juni 1842 in Sachen des Valentin Eisenhauer II. zu Weschnitz als Curator des P. Koch, gegen Salomon Westheimer zu Rimbach[2]).

unsere neuere Rechtsprechung in Ansehung der in diesem Eintrage berührten Streitfrage sich für die Bejahung entschied, und das Tribunal, mögen auch von ihm in früheren Zeiten entgegengesetzte Erkenntnisse[3]) ergangen sein, z. B. in Sachen Flauaus gegen Stieler zu Rainrod (1828) und in Sachen Schmidt gegen Rau zu Kleinhausen (1836), seitdem an jener neueren Rechtsprechung festgehalten hat. Dieß ergibt sich namentlich aus der in der hofg. Relation erwähnten Verfügung vom 18. April 1849 in Sachen Seip und Consorten in Büdesheim, gegen Joh. Mies Wittwe und Kinder das. und vorzugsweise aus den in Sachen Simon Löb in Gießen gegen die Wittwe des Goppelius Lilienfeld daselbst im Jahr 1847 erstatteten Verträgen, worin jene Streitfrage ex professo und ebenfalls in dem angegebenen Sinne entschieden wurde[4]).

Dieser neueren constanten Rechtsprechung zur Folge, unterliegt es keinem Zweifel, daß dem oberappellatischen Curator die Befugniß nicht abgesprochen werden kann, selbst für seine Curanden Restitution nachzusuchen, und da die Appellationsbeschwerde nur darin besteht, daß er zur Anfechtung seiner eignen Handlungen resp. Unterlassungen mittelst dieses Restitutionsgesuches nicht hätte zugelassen werden dürfen, so folgt daraus deren Verwerflichkeit.

Im Einklang mit diesem auch vom Correferenten adoptirten

---

2) Der nämliche Rechtsfall, welcher S. 330—332 des dritten Bandes dieses Archivs unter der Aufschrift: Wiedereinsetzung des Prodigus in den vorigen Stand, namentlich gegen Versäumniß im Verfahren, mitgetheilt ist.

3) Ein anderer hessischer Gerichtshof, das Hofgericht in Darmstadt, legte seinem Erkenntnisse vom 2. Nov. 1846 in Sachen der Heinrich Michel'schen Kinder zu Babenhausen gegen Bär Bender daselbst, Ford. betr., den Grundsatz unter: Der Vormund eines Minderjährigen kann gegen eine eigne Handlung oder Versäumniß blos auf den Grund der Minderjährigkeit seines Mündels nicht selbst um Restitution nachsuchen. S. Sammlung der interessanten Beschlüsse und Entscheidungen des Gr. Hess. Hofgerichts der Provinz Starkenb., Nr. 172.

4) Vorbehalt, darauf zurück zu kommen.

Digitized by Google

Vortrage wurde auch von dem Tribunal am 28. April 18 53erkannt. Zugleich wurde, unter Bezugnahme auf jene vier Rechtsfälle aus den Jahren 1842, 1847, 1849 und 1853, unter der Aufschrift: Die Restitution der Minderjährigen und anderer unter Curatel stehenden Personen, der gedruckten Sammlung der Präjudizien folgende Aufzeichnung (Nr. 164) einverleibt: Die Rechtsregel, daß Niemand seine eigenen Handlungen anfechten kann, leidet auf Vormünder und Curatoren, die Namens ihrer Pflegbefohlenen und für dieselben um Restitution nachsuchen, keine Anwendung; in ihrer Eigenschaft als Vertreter der Letzteren sind die Ersteren vielmehr zur Erhebung und Verfolgung eines solchen Restitutionsgesuchs selbst alsdann zuzulassen, wenn die Verletzung, welche *mediante restitutione* beseitigt werden soll, auf ihre eigne Schuld zurückfällt.

Durchforscht man, um sich darüber zu unterrichten, wie andere oberste Gerichte in Deutschland die gleiche Streitfrage entschieden haben, die Literatur der Rechtsprechung, so stößt man auf ein auf gleicher Seite stehendes Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in Wiesbaden vom Juni 1842.

Flach: Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Wiesbaden über wichtige Streitfragen des Civilrechts, Thl. 3. Gieß. 1853, Nr. XII. Erörterung und Entscheidung der Frage, ob Eltern und Curatoren Namens ihrer Kinder und Curanden diesen gehörende Sachen vindiciren können, welche sie selbst ordnungswidrig veräußert haben &c. S. 103—105.

Auf der andern Seite dagegen steht ein Urtheil des Oberappellationsgerichts in Celle v. J. 1830.

Pufendorf: Observationen über Gegenstände des Civil- und Prozeßrechts. Aus dessen im Kön. Oberappellations-Gerichte zu Celle gehaltenen Vorträgen, bearbeitet und herausgegeben von L. Schmidt. Celle 1841, Observ. XI. Sind Vormünder berechtigt, einen Vertrag, welchen sie in ihrer Qualität als Vormünder abgeschlossen haben, selbst anzufechten und dagegen Namens ihrer Pupillen um Restitution zu bitten?

Denn die Frage wurde verneint.

Vergl. *Wernher:* Observ. I. Obs. 266: *Curator contractum a se nomine minoris initum ex capite laesionis impugnare nequit.* Hagemann: Prakt. Erört. Th. 5. Nr. 416. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königl Preuß. Rheinprovinzen, Th. 4. Abth. 2. S. 81.

B.

Digitized by Google

17.

Ueber den Umfang und die Natur des dinglichen Anspruchs auf „Preisgeben" des Oberholzes.

Zwischen dem gräflichen Hause Isenburg und der Stadt Gelnhausen ward am 3. Oct. 1755 ein Vergleich dahin abgeschlossen, daß letztere zur Beziehung des Ur= und Lagerholzes im Büdinger Walde berechtigt und unter diesem Holze alles dasjenige Obergehölze mitverstanden sei, was nicht durch und durch spaltig sei und also keine Klafterscheide gäbe. Durch Bescheid des Oberappellationsgerichtes zu Cassel vom 14. Dec. 1842 ist auch der Stadt G. die Beziehung des Ur= und Lagerholzes in dem im Vergleich angegebenen Umfange, mit Ausschließung des Herrn Grafen von Isenburg=Wächtersbach, und in der Weise zuerkannt, „daß, sobald als die Aufklafterung geschehen, das Urholz, ohne allen weiteren Verzug und Nebenabsichten, den Einberechtigten preisgegeben werden solle".

Bei dem, vom Obergerichte zu H. mit der Vollziehung des gedachten Bescheids beauftragten Justizamte zu G. wird von der Stadt G. vorgestellt, daß der Herr Graf von J.=W. vor Kurzem in einigen Districten des Büdinger Waldes Holz habe fällen, und das Urholz davon theils in die Arken unter das Klafterholz setzen, theils besonders aufklaftern, auch zehn bis zwölf Klafter Obergehölz, welche nicht durch und durch spaltig gewesen, in seinen Schloßhof habe bringen lassen. Es wird gebeten, demselben bei 500 Rthl. Strafe aufzugeben, das gedachte Obergehölze preiszugeben. Diese Imploration führt zu einer weitläuftigen Proceßverhandlung.

Beide Theile sind darin einverstanden, daß gleich wie die Stadt G. so auch die Stadt W. und mindestens zehn andere Gemeinden auf Ur= und Lagerholz vermöge Herkommens und unvordenklicher Verjährung im Büdinger Walde berechtigt seien, so wie daß außerdem die Ortsbürger dieser sämmtlichen Ortschaften das althergebrachte Recht haben, soweit ihr Holzbedürfniß nicht durch das Ur= und Lagerholz gedeckt wird, von dem Waldeigenthümer das erforderliche Holz als s. g. Loosholz auf dem Stamm angewiesen zu erhalten. Während der Herr Verklagte sich einredeweise darauf beruft, daß das Urholz der den dritten Berechtigten angewiesenen Stämme von diesen alsbald in Besitz genommen werde, behauptet die klagende Stadt, daß die Ueberweisung nur das Stammholz betreffe, das Urholz hingegen stets preisgegeben werden müsse.

Das Obergericht legte der klagenden Stadt den Beweis ihrer Behauptungen auf, da das Aufarken, beziehungsweise Abfahren des Urholzes den graden Gegensatz zu jenem Preisgeben bilde,

Digitized by Google

auch die behauptete Gerechtsame Dritter den Herrn Verklagten von der Verbindlichkeit zum Preisgeben des Holzes nicht befreie. Wegen nicht geführten Beweises wird Klägerin jedoch mit ihrer Imploration vom Obergericht zurückgewiesen, und dieser Bescheid vom Oberappellationsgericht in Cassel bestätigt. In dessen Entscheidungsgründen heißt es u. a.

„Daß die in Frage stehende Holzgerechtsame von der Beschaffenheit ist, daß jeder der dazu berechtigten Bewohner von G. schon als solcher regelmäßig als hierbei unmittelbar betheiligt anzusehen ist". —

„daß bei der Beurtheilung der Beschaffenheit des fraglichen aufgearkten Holzes nur das im Vergleiche vom 3. October 1755 festgesetzte Merkmal des der Stadt G. gebührenden Oberholzes, daß solches nämlich überhaupt nicht spaltig sei, oder im Aufhauen in der gewöhnlichen Klafterlänge ausspringe, zu Grunde zu legen ist",

„und insoweit der Herr Appellat nach dem gedachten Vergleiche das nicht spaltige Oberholz den Einberechtigten preiszugeben hat, hierunter nur ein Liegenlassen desselben, somit keine positive Thätigkeit, keine Ueberweisung an die Einberechtigten, sondern nur ein Unterlassen jeder Verhinderung der letztern, sich dieses Holz anzueignen, zu verstehen ist, eine solche Verhinderung aber appellantischer Seits nicht einmal behauptet, und noch weniger erwiesen worden ist,

und daß, wenn man die Bestimmungen des Vergleichs auch auf das in der Gegenbeweisführung vorkommende Looshölz anzuwenden hat, dieß doch nur unter der unterstellten Voraussetzung stattfindet, daß die Bäume für den Waldeigenthümer selbst gefällt, geschnitten, verhauen und aufgeklaftert, und nicht zu diesem Zwecke den Einberechtigten auf dem Stamm überwiesen worden, indem jener nur im ersteren Falle in der Lage sich befindet, die das erwähnte Preisgeben bedingende Absonderung des Holzes vorzunehmen". S.

Digitized by Google

Literarische Anzeigen.

Die Präjudizien des Königl. Ober-Tribunals seit ihrer Einführung im Jahre 1832 bis zum Schlusse des Jahres 1855, nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, herausgegeben von den Redactoren der Entscheidungen. Erste Abtheilung 1832—1848. XX. 653 Seiten. Zweite Abtheilung 1849—1855. IV. 254 Seiten. Berlin bei C. Heymann 1856. 3 Thaler.

Der Titel dieses Werkes zeigt zur Genüge an, was in demselben zu finden ist. Näheren Aufschluß über dessen Inhalt gibt das Vorwort. Wie wir aus demselben entnehmen, war schon durch Justiz-Ministerial-Beschluß vom 30. Nov. 1831 dem Geh.-Ob.-Trib. die Anlegung eines Präjudicialbuches anheimgegeben worden, „um durch dasselbe die so nöthige Einheit in den Entscheidungen zu erhalten". Ueber die Anlegung dieses Präjudizienbuches traf eine allerhöchste Kabinetsordre vom 1. Aug. 1836, die Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen betr., mehr in's Einzelne gehende Bestimmungen. Darnach sollte jeder der damaligen drei Senate des Geh.-Ob.-Trib. nicht nur ein Protokollbuch über alle in jeder Sitzung erfolgten Vorträge und Entscheidungen führen, sondern auch besondere Spruchrepertorien anlegen, worin auf den schriftlichen Antrag des Referenten, oder auf den Beschluß des Senates, die in jeder Sache ergangenen Entscheidungen über Rechtsfragen, die unter den Partheien streitig oder außerdem bei Bearbeitung der Sache der Gegenstand einer näheren Erörterung gewesen, nach der Reihenfolge der Titel und Paragraphen der Gesetzbücher, sowie einzelner Gesetze und Verordnungen, und nach alphabetischer Ordnung der Rechtsgegenstände eingetragen waren. Falls ein Senat — war weiter verordnet worden — durch Stimmenmehrheit beschließe, von einem bisher behaupteten Rechtsgrundsatze, oder von der durch ihn selbst oder durch einen anderen Senat bis dahin befolgten Auslegung in Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen, sei die dadurch

Digitized by Google

zweifelhaft gewordene Rechtsfrage an das Plenum des Geh.-Ob.-Trib. zu bringen, welches darüber auf den Vortrag zweier neuen, aus den anderen Senaten gewählten Referenten zu entscheiden habe: diese Entscheidung diene in der vorliegenden Rechtssache dem betreffenden Senate zur Norm. Später wurde verordnet, daß die Entscheidung des Plenums auf Grund nochmaliger mündlicher Verhandlung vor demselben nicht blos über die zweifelhaft gewordene Rechtsfrage, sondern in der Sache selbst erfolgen solle.

Der Gebrauch des Präjudizienbuchs und der Repertorien war ausschließlich auf die Mitglieder des Kollegiums, denen sie allein zugänglich waren, beschränkt. Nur insoferne der Rechtsfall, welcher zur Aufzeichnung eines Präjudizes Gelegenheit gegeben hatte, auch in die Sammlung der Entscheidungen des Geh.-Ob.-Trib. aufgenommen wurde, kam er zur Veröffentlichung für das jurist. Publikum. Sämmtliche Plenarbeschlüsse und deren Motive wurden aber in dem Werke veröffentlicht. Zuletzt wurde bei der großen Nachfrage nach den Präjudizien von den Herausgebern der Entscheidungen es angemessen befunden, vom 13. Bande ab die Präjudicien, welche seit dem Anfange des Jahres 1848 erschienen, fortlaufend in einem besondern Abschnitte mitzutheilen. Sie beginnen aber erst mit Nr. 1816, und es mußte sehr wünschenswerth erscheinen, auch die früheren Präjudizien dem jurist. Publikum zugänglich zu machen. In beiden Rücksichten — der Erleichterung und der Zweckmäßigkeit des Gebrauchs des Präjudizienbuchs für die Mitglieder des Ob.-Trib., sowie im Interesse des juristischen Publikums — fanden die Herausgeber die Veranlassung zur Abfassung des vorliegenden, das ganze Civilrecht, einschließlich des Handels- und Wechselrechts, sowie den Civilprozeß umfassenden Werkes, dessen zweite Abtheilung in Folge der spätern Errichtung eines eignen Senates für Strafsachen bei dem Ober-Trib. und eines besonderen Präjudicienbuches für diesen Senat auch Präjudizien in Strafsachen enthält.

Welch' hohen Werth eine solche Sammlung von Präjudizien des Geh.-Ober-Trib. für den preußischen Juristen hat, ist einleuchtend. Aber auch für die Juristen anderer Länder, in welchen das gemeine Recht noch gilt, bietet diese Sammlung großes Interesse dar, weil das gemeine Recht dem preußischen Landrecht in vielen Lehren zum Grunde liegt, wobei sich das letztere freilich zur Aufgabe gemacht hat, „vornehmlich das römische Recht von den in einigen Theilen desselben herrschenden Subtilitäten und ängstlichen Förmlichkeiten zu reinigen und die Gesetzgebung über diese Gegenstände auf die einfachen Grundsätze der Vernunft und natürlichen Billigkeit zurückzuführen" (wie es in dem Patent wegen Publikation des allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten heißt). Vgl. auch die Vorrede von Koch, das Recht der Forderungen, 1. Bd., Breslau 1836. Bei der bedeutenden Anzahl

Digitized by Google

von Präjudizien, welche das vorliegende Werk enthält und bei dem hohen Ansehen, in welchem das Geh.-Ober-Tribunal zu Berlin mit Recht steht, kann diese Sammlung dem Praktiker nur empfohlen werden *). S.

Der Prozeß wegen betrüglicher Anfertigung Schiller'scher Handschriften gegen den Architekten und Geometer G. H. K. J. V. v. Gerstenbergk zu Weimar, dargestellt von Dr. jur. A. Vollert. 42 S. Jena 1856. (Als Beilageheft der Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt besonders abgedruckt).

Der eigenthümliche Prozeß, von welchem die vorliegende kleine Schrift handelt, hat zu seiner Zeit allgemeines Aufsehen erregt und es wird daher diese ausführliche, nicht ausschließlich auf einen Leserkreis von Juristen berechnete Darstellung des Prozesses Vielen erwünscht gewesen sein. Der Verfasser des Schriftchens verbreitet sich in demselben ausführlich über Veranlassung und Gegenstand der Untersuchung; er theilt das sehr interessante Gutachten der Sachverständigen mit, welche theils zur Prüfung der innern Gründe der Unächtheit der von dem leugnenden Angeschuldigten für ächte Manuscripte Schillers ausgegebenen und verkauften Handschriften, vom ästhetischen und literar-historischen Standpunkte aus, theils mit besonderer Rücksicht auf die Schreibweise, so wie auf das Alter von Papier und Schrift, insofern sich dieses nach den Grundsätzen der Chemie, oder nach langjährigen, aus der Aufsicht über alte und neue Werke der nachbildenden Kunst und derartigem Kunsthandel gewonnenen Erfahrungen bestimmen lasse, ernannt worden waren; er schildert sodann die Ergebnisse der Untersuchung hinsichtlich des subjectiven Thatbestandes des Verbrechens, wobei er sich namentlich über die Hülfsmittel, welche G. zur Anfertigung der falschen Handschriften besaß, ausläßt; er spricht sich hierauf über die rechtliche Natur des begangenen Verbrechens und die Gerichtszuständigkeit aus und referirt endlich den Inhalt der Hauptverhandlungen und das Urtheil des Kreisgerichts zu Weimar, welches den Angeklagten für schuldig erkannte und zu zwei Jahre Strafarbeitshaus (in höherer Instanz auf ein Jahr herabgesetzt), so wie zur Entziehung der staatsbürgerlichen Rechte auf drei Jahre condemnirte. S.

*) Für die Besitzer der ersten Abtheilung der Präjudicien wird die die Jahre 1849—1855 umfassende Abtheilung besonders zum Preise von 1 Rthl. abgegeben. Das General-Register zu den ersten 30 Bänden der Entscheidungen (im Subscr.-Preis von 1 Rthl.) ist in demselben Verlage erschienen.

Digitized by Google

Sarwey, Obertribunalrath in Stuttgart, Civil-Practicum, oder Anleitung zu Entscheidung von Civil-Rechts-Streitsachen. Vier Hefte. (Allgem. Theil. Acten-material. Analyse. Synthese). Stuttgart und Augsburg bei Cotta 1856.

In dem Vorwort, welches über den Plan, die Einrichtung und den Gebrauch des Werkes sich verbreitet, gibt der Verf. als Zweck seiner Arbeit an: daß er dem, für das Examen sich vorbereitenden Rechtscandidaten, (wie überhaupt Anfängern in der Praxis) etwas in die Hand habe geben wollen, wodurch es ihm möglich würde, sich die für zweckmäßige Bearbeitung von Rechtsfällen erforderliche Einübung selbst und ohne fremde Anweisung oder Nachhülfe zu verschaffen. Er sammelte zu dem Ende eilf Civilrechtsfälle, welche der Candidat für sich bearbeiten soll, und er gab demselben dabei so viel Anleitung, um Alles durch eigne Kraft zu vollführen, dann aber auch das Mittel, seine eigne Arbeit zu prüfen und zu verbessern. Die Schrift ist in vier Hefte abgetheilt; das erste enthält, außer einer Einleitung über die Beziehung der vorliegenden Aufgabe zu den Normen des Rechts und Verfahrens (in welcher sich namentlich eine übersichtliche Darstellung der in Würtemberg geltenden Rechts- und Proceßgesetzgebung findet), eine kleine Sammlung allgemeiner Thesen über Bearbeitung von Rechtsfällen; das zweite Heft bringt das Actenmaterial, d. h. eine vollständige oder doch auszugsweise Mittheilung der einzelnen Actenstücke des Prozesses, soweit sie für die Beurtheilung des Rechtsfalles nothwendig sind, jedoch ohne die Entscheidungsgründe der ersten und zweiten Instanz; das dritte Heft enthält unter dem Titel „Analyse" eine allgemeine Andeutung des Wegs, welcher bei Bearbeitung der einzelnen Fälle einzuschlagen ist, — und das vierte Heft (Synthese) gibt für alle Fälle, mit Ausnahme des eilften, die Auflösung, theils durch Reflexionen und Ausführungen über die Fragen und Grundsätze, welche bei der Entscheidung der Fälle zu beachten sind, theils durch Mittheilung der Entscheidungsgründe der betreffenden Gerichte.

Der Werth, welchen das Werk für Studirende und angehende Practiker hat, ist nicht zu verkennen und, wie man aus dem Vorwort ersieht, schon vor dem Erscheinen des Buches von einem competenten Urtheiler, Prof. von Wächter in Leipzig, gebührend anerkannt worden, indem derselbe unter Anderem darüber äußert: „Hier ist ein reiches Material mit dem Practikum selbst in einer Weise gegeben, daß Jeder mit dem Buche sein eigner Lehrer werden und das, was er in einem academischen Practicum hörte und übte, auf die lebendigste und fruchtbarste Weise von Neuem üben und

Digitized by Google

dadurch das Erlernte erst recht sich zum festen Besitz machen kann. Ein solches Buch muß für Viele, die schon in der Praxis stehen, es muß aber namentlich für den Studirenden, der dem Ende seiner academischen Laufbahn sich nähert, und dem, der nach überwundenem ersten Examen sich auf seine practische Prüfung vorbereiten will, von ganz besonderem Interesse sein, — und zwar über die Gränzen Würtembergs hinaus". Es genügt zur Empfehlung des Werkes auf diese günstige Aeusserung v. Wächter's Bezug zu nehmen. Jeder, der die Arbeit des Verf. einer näheren Prüfung unterwirft, wird sich damit einverstanden erklären müssen. Bei der Auswahl der Rechtsfälle, welche meist difficile Fragen des gemeinen Civilrechts und Civilprozesses zum Gegenstande haben und bis auf zwei sämmtlich in die höchste Instanz gelangt sind, — so wie bei der hierzu gegebenen Anweisung war die Hauptrücksicht des Verf. immer die „Gelegenheit zur Einübung für eine brauchbare Auffassung und Behandlung der factischen Momente und des Parthienvorbringens und eine richtige Subsumtion zu verschaffen". Man muß anerkennen, daß Auswahl und Anweisung ganz geeignet sind, den Candidaten nicht blos in der richtigen Auffassung und geordneten Darstellung der factischen Momente, sondern auch in der Anwendung des Rechts zu üben und ihm dasselbe practisch nutzbar zu machen. — Die äußere Ausstattung des Buches ist vorzüglich.

S.

K. Braun und M. Wirth. Die Zins-Wucher-Gesetze, vom Standpunkte der Volkswirthschaft, der Rechtswissenschaft und der legislativen Politik beleuchtet. Ein Wort an die deutschen Gesetzgeber. Mainz bei V. v. Zabern, 1856. VII. u. 234 S.

Das sehr lebendig und anziehend geschriebene, an interessanten Notizen und gesunden Gedanken reiche Buch befaßt sich mit einem Gegenstand, der Gesetzgeber und Richter, namentlich in neuester Zeit, insbesondere seit Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit, vielfach beschäftigt, (vergl. Merckel über den Zinswucher nach dem in Pfalzbayern geltenden französischem Recht, Hdbg. bei Mohr, 1855), und dessen angemessene, einerseits den Verkehr nicht ungebührlich beengende, andererseits die Noth des Geldsuchenden gegen allzugroße Ausbeutung durch das Capital sichernde gesetzliche Regelung eine nicht leichte Aufgabe ist. Die Absicht der vorliegenden Schrift ist: darzuthun, daß die s. g. Wuchergesetze, mögen sie in einer blosen generellen Beschränkung des Zinsfußes auf ein gesetzliches Maximum bestehen, oder in Androhung von Strafen für dessen Ueberschreitung, für das gemeine Wohl nachtheilig, die öffentliche Moral untergrabend, mit den Grundsätzen der Rechtswissen-

Digitized by Google

schaft in Widerspruch und mit einer vernünftigen legislativen Politik unverträglich seien. Die Schrift will auf Beseitigung dieser Gesetze wirken. Zu dem Ende soll durch sie zunächst vom volkswirthschaftlichen Standpunkt aus nachgewiesen werden, wie der Zins gleich dem Preis einer Waare allen Anordnungen des Staates sich entziehe, wie Gesetze wider den Wucher denselben erst schafften. Sodann soll auf rechtsgeschichtlichem Wege an den Beispielen der Kulturvölker des Alterthums, des Mittelalters und der neueren Zeit dargethan werden, wie die s. g. Wuchergesetze in der That niemals ihrem Zwecke entsprochen, wie sie erfahrungsmäßig den Zinsfuß eher gesteigert, als verringert hätten und wie das Maaß der Zinsen, auch ohne Beihülfe der legislativen Gewalt durch „Wuchergesetze" gefallen sei, wenn die nationalökonomischen Voraussetzungen dazu vorgelegen hätten. Weiter wird zu zeigen gesucht, daß der Begriff des „Zinswuchers", namentlich insoferne man ihn als strafbare Handlung auffaßt, gegen die Grundprincipien der Rechtswissenschaft verstoße und zu den vielfachsten inneren Widersprüchen führe, was in einer „Kasuistik des Wuchers" an den einzelnen Fällen der „Bewucherung", wie man sie neuerdings aufführt, nachgewiesen wird. Daran werden endlich eine Zusammenstellung der modernen, namentlich deutschen, Gesetzgebungen über den Zinswucher und Vorschläge über die in Zukunft einzuhaltenden Gesichtspunkte der legislativen Politik angereiht. Die siebenzehn größeren oder kleineren Abschnitte der Schrift, führen folgende Ueberschriften: Der Werth. Der Preis. Das Geld. Das Capital. Das Eigenthum. Der Arbeitslohn. Concurrenz und Herkommen. Der Gewinn. Ueberschau. Der Zins und der Wucher. Zur Rechtsgeschichte der Zinswuchers. Rechtsbegriff des Zinswuchers. Bedenken bezüglich der Beweisführung über den Zinswucher. Moderne Gesetzgebungen gegen den Wucher. Wucher-Casuistik. Practische Wirkungen der Wuchergesetze. Schlußfolgerungen und Reformvorschläge.

Die Verf. haben die Aufgabe, welche sie sich gesetzt haben, in einer volle Aufmerksamkeit in Anspruch nehmenden Weise zu lösen gesucht. Sie haben die Gründe gegen Zinswuchergesetze (nicht zu verwechseln mit Strafgesetzen gegen betrügerische Manipulationen rc. zur Steigerung der Zinsen) klar und erschöpfend entwickelt und zur Beurtheilung der Zweckmäßigkeit und der Räthlichkeit fernerer Beibehaltung solcher Gesetze ein reiches Material geliefert. Wenn sie den Wuchergesetzen den Stab brechen, so kann man wenigstens darin mit ihnen einverstanden sein, daß dieselben dem Uebel nicht abhelfen, so lange es noch leichtsinnige Schuldenmacher und creditlose oder verschämte Geldsuchende gibt, oder die Aufnahme von Capitalien aus öffentlichen oder Gesellschaftskassen allzusehr erschwert ist, auch daß sie Geldbedürftige in größeren Verlust bringen können, als diese ohne ihr Bestehen erlitten haben würden. S.

Digitized by Google

XVI.

Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht.

Von

Herrn O.G.Ref. **Heinrich Zaun** zu Cassel.

Die nachfolgenden Zeilen beschäftigen sich mit der Frage: ob eine vom Verklagten vorgeschützte und begründet gefundene Retentionseinrede die Abweisung der erhobenen Klage im Gefolge habe, oder ob vielmehr der Verklagte ungeachtet jener Einrede verurtheilt und nur der Anspruch, der ihn zur Retention berechtigt, bei Fällung des Urtheils in gebührende Berücksichtigung gezogen werden müsse[1]? Der Versuch, diese Frage zu lösen, ist bei dem Verfasser dadurch veranlaßt worden, daß die Retentionseinrede in mehrfachen Entscheidungen oberer Gerichte bei ganz gleichen factischen Verhältnissen in dem einen Falle zur Abweisung der Klage zur Zeit oder wie angebracht, in dem anderen dagegen zur Verurtheilung des Verklagten mit Berücksichtigung dessen Retentionsanspruchs geführt hat.

Es bezieht sich nun die angeregte Frage keineswegs blos auf den Fall, in welchem der Verklagte einer auf Herausgabe

---

1) Die Form des Urtheils ist in dem ersteren Falle, „Kläger wird mit seiner Klage als zur Zeit unbegründet zurückgewiesen", in dem anderen Falle: Verklagter wird schuldig erkannt, dem Kläger gegen Ersatz der Verwendungen 2c., gegen Zahlung des Kaufpreises 2c. das libellirte Grundstück herauszugeben, das verkaufte Object zu liefern 2c.

Digitized by Google

einer körperlichen Sache gerichteten dinglichen oder persönlichen Klage gegenüber sich wegen Impensen oder wegen sonstiger Ansprüche auf Retention beruft, sondern namentlich auch auf alle die Fälle, in welchen der Verklagte die geklagte Leistung — mag dieselbe auf eine Sache oder eine Handlung gehen — aus dem Grunde zurückhält, weil er aus dem nämlichen Obligationsverhältnisse, welches der Klage zur Grundlage dient, auch seinerseits eine noch nicht erfüllte Leistung des Klägers in Anspruch nimmt. Hierher gehören namentlich auch die Fälle der sog. exceptio non adimpleti contractus bei rein zweiseitigen Obligationen, sowie diejenigen Fälle, in welchen der Beklagte auf Grund eines judicium contrarium Gegenansprüche gegen den Kläger erhebt.

Aus dieser Andeutung ergibt sich zugleich, daß wir die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche, wie Schenk[2]) und Lenz[3]), in die Definition vom Retentionsrecht mit aufnehmen, daß der Gegenstand der Retention eine rechtmässig in Besitz bekommene Sache sein müsse, nicht für richtig halten, daß wir vielmehr mit Schweppe[4]), Cramer[5]) und Dernburg[6]) das Retentionsrecht und damit die Retentionseinrede überall da für begründet halten, wo Jemand eine Leistung, bestehe sie in einer körperlichen Sache oder in einer Handlung irgend welcher Art, aus dem Grunde zurückhält, weil ihm seinerseits gegen denjenigen, welcher gegen ihn auf die retinirte Leistung Anspruch macht, gleichfalls eine Forderung zusteht, vorausgesetzt, daß zwischen beiden Ansprüchen ein derartiger innerer Zusammenhang besteht, daß in demselben Verhältniß, aus welchem der Retentionsgegner sein Recht ableitet, zugleich seine Verpflichtung liegt, das Recht des Retinenten anzuerkennen und zu erfüllen[7]). (Connexität).

2) Retentionsrecht S. 36.
3) Im Rechtslexicon Bd. VIII, 3. H.
4) Röm. Privatrecht B. IV, §. 183.
5) Archiv für civ. Praxis XXXVII.
6) Die Compensation S. 15—16.
7) Cramer a. a. O.

Digitized by Google

Sowohl die Zurückhaltung einer körperlichen Sache, als die Retention einer sonstigen Leistung zum Zweck der Sicherung einer Gegenforderung, stehen im Allgemeinen unter denselben Rechtsgrundsätzen, die Rückhaltung des Kaufpreises bis nach geliefertem Kaufobjecte wird in ihren Voraussetzungen und Folgen ebenso beurtheilt, wie die Retention des vindizirten Grundstücks wegen gemachter Impensen. In beiden Fällen reden die Römer von retinere pignoris loco, quasi pignus[8]), beide Fälle stellen sie unter den gemeinschaftlichen Gesichtspunkt der exceptio doli generalis[9]), und so werden auch wir unter dem neueren, sprachlich beide Fälle umfassenden, Ausdruck Retentionsrecht und bezw. Retentionseinrede beide Fälle begreifen, und im Folgenden darzulegen suchen, daß auch die Beantwortung der aufgestellten Frage für beide Fälle gleich ausfallen muß. Zur Lösung unserer Frage bedürfen wir einer historischen Entwickelung, welche unsere Einrede und deren prozessualische Wirkung in den verschiedenen Stadien des römischen Prozesses betrachtet. Erst, wenn wir auf diesem Wege über die innere Natur unserer Einrede ins Klare gekommen sind, werden wir unsere Frage zu lösen im Stande sein.

§. 1.

Das Retentionsrecht zur Zeit der *legis actiones.*

Wie und in welchem Stadium des Prozesses dem Retentionsanspruch zur Zeit der legis actiones ein Genüge geleistet wurde, ist bei den spärlichen Nachrichten, die wir über das Verfahren per legis actiones haben, nicht mit Sicherheit zu bestimmen, vielmehr lassen sich theils aus den vorhandenen Andeutungen der Quellen, theils durch Rückschlüsse aus der späteren

---

8) Fr. 13. §. 8. D. de a. e. 19, 1. fr. 32. D. de hered. vel act. vend. 18, 4; fr. 31. §. 8. de aedilit. edicto 21, 1; fr. 15. §. 2. D. de furt. 47, 2.

9) Fr. 4. §. 9. fr. 5. §. 2. fr. 14. de doli mali except. §. 30. J. de R. D. l. 5. C. de evict.

Digitized by Google

Zeit des Formularprozesses nur mehr oder weniger wahrscheinliche Hypothesen aufstellen, die hier ihren Platz finden sollen. Es muß zunächst unter Hinweisung auf Savigny Syst. V, S. 180 und Keller, Röm. Civilprozeß S. 149 darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Satz, es habe zur Zeit der legis actiones Einreden nicht gegeben, nur alsdann wahr ist, wenn man unter Einrede die formelle Exceptio versteht, welche vom Prätor dem judex als Ausnahme von dem Condemnationsbefehle vorgeschrieben wurde, nicht aber auch dann, wenn man unter exceptio ihrem materiellen Begriff nach Umstände und Verhältnisse begreift, deren Berücksichtigung gegenüber der an sich begründeten Klage die aequitas erfordert. Einreden im letztgedachten Sinne hat es gewiß auch zur Zeit der legis actiones gegeben. Wenigstens würde man andernfalls annehmen müssen, daß zur Zeit jenes Verfahrens in sehr vielen Fällen statt Recht materielles Unrecht gesprochen worden sei, eine Annahme, welche dem ebenso practischen als rechtlichen Character der Römer, namentlich aber dem Umstande widersprechen würde, daß wir zur Zeit des Formularprozesses ein weit entwickeltes System von Exceptionen antreffen, welches umsichtig und für alle möglichen Fälle berechnet, die Billigkeit gegenüber dem strengen Recht zur Geltung bringt. Es ist unmöglich zu glauben, daß sich dieses System so plötzlich gebildet habe, daß es zugleich mit dem Formularprozeß gewissermaßen erfunden worden sei, vielmehr nöthigt die Ueberzeugung von der organischen Entwickelung eines jeden Rechtes, namentlich aber des römischen Rechts, zu der Annahme, daß schon zur Zeit der legis actiones einzelne, mehr oder weniger ausgebildete Anfänge der aequitatis defensiones vorhanden gewesen sind.

Namentlich wäre es der Gerechtigkeit entgegen gewesen, wenn nicht wenigstens diejenigen Ansprüche des Beklagten, welche ein selbständiges durch Klage gesichertes Dasein im römischen Recht niemals gehabt haben, im Verfahren per legis actiones in der einen oder anderen Weise vor dem Magistrat oder dem judex Berücksichtigung gefunden hätten. Zu diesen durch Klage

Digitized by Google

nicht gesicherten Ansprüchen des Verklagten gehören, dann auch einige Fälle unseres Retentionsrechts, nämlich der Anspruch des Verklagten auf Ersatz der verschiedenen Arten von Impensen, welche er auf das vindicirte oder sonst eingeklagte Object gemacht hat, vorausgesetzt, daß nicht ein besonderes Obligationsverhältniß zum Ersatz verpflichtet. Wie nach mehrfachen, unzweideutigen Aussprüchen unserer Quellen feststeht[10]), kann derjenige, welcher Verwendungen auf eine fremde Sache gemacht hat, eine Klage auf deren Ersatz nicht erheben. Auch ist es im höchsten Grade wahrscheinlich, daß man bei dem Commodat, Depositum, und den übrigen Obligationsverhältnissen, welche sich durch actiones contrariae auszeichnen, zur Zeit der legis actiones nicht die erst verhältnißmäßig später aufgestellte actio contraria, sondern nur ein Retentionsrecht hatte, um die Erfüllung von Entschädigungsansprüchen zu erzwingen[11]).

Es läßt sich hiernach annehmen, daß auch das Verfahren per legis actiones unsere Einrede und zwar vor Allem in den Fällen zuließ, in welchen sie der einzige rechtliche Schutz war. Fraglich aber ist es, an welcher Stelle des Verfahrens und auf welche Weise das Retentionsrecht geltend gemacht wurde, und welche Folge dem erhobenen und begründet gefundenen Retentionsanspruche gegeben wurde.

Bei der legis actio sacramento, bei welcher bekanntlich zunächst nur darüber von den Richtern entschieden wurde, utrius sacramentum justum, utrius injustum sit, so daß dann in und mit dieser Entscheidung indirect über das streitige Recht, z. B. Eigenthum, entschieden wurde, konnten der Natur der Sache nach in *judicio* Retentionsansprüche nicht geltend gemacht werden; die hier gepflogenen Verhandlungen bezogen sich nur auf die Frage, ob das Recht des Klägers existire, oder nicht, indem nur hiervon die Antwort, wer die Wette gewinne, abhängig war. Hiernach konnte in dem auf Grund der legis actio sacra-

---

10) Fr. 14. de dol. mali except. 44, 4. Fr. 48. §. 1. de R. V. 6, 1. fr. 33. de cond. indeb. 12, 6. fr. 14. §. 1. com. div. 10, 3.

11) Dernburg a. a. O. S. 92.

Digitized by Google

mento eingeleiteten judicium der Anspruch auf Ersatz von Impensen gegenüber einer Eigenthumsklage, für welche jene legis actio die ordentliche Prozeßform war, durchaus keine Stelle finden.

Es mußte deßhalb der Prätor diese Ansprüche des Verklagten auf andere Weise berücksichtigen. Fand er, daß der Anspruch des Verklagten auf Ersatz der Impensen an sich begründet war, so kam es weiter darauf an, ob der Kläger solchen anerkannte, oder nicht.

Im ersteren Falle wurde dem Beklagten dadurch geholfen, daß der Prätor dem Kläger aufgab, dem Beklagten durch prätorische Stipulation Sicherheit für Befriedigung des Ersatzanspruchs zu leisten, und daß er, falls Kläger diese Stipulation einzugehen sich weigerte, die Klage denegirte. Im anderen Falle mußte zunächst der Anspruch des Verklagten in quali et quanto liquid gestellt werden, ehe ihn der Magistrat berücksichtigen konnte. Der Prätor gab daher durch ein Dekret dem Kläger auf, mit dem Verklagten eine Sponsio zu machen, wodurch er dem letzteren eine gewisse Summe unter der Voraussetzung versprach, daß sich der Ersatzanspruch des Verklagten als begründet herausstellen sollte. Aus diesem Versprechen konnte dann der Verklagte mit der legis actio (per sponsionem) klagend auftreten und in dem eingeleiteten Verfahren den Ersatzanspruch feststellen lassen. Entweder wurde nun das Judicium über die Klage bis zu Entscheidung des vom Verklagten herbeigeführten Sponsionsverfahrens ausgesetzt, oder beide Prozesse gingen neben einander her; in jedem Falle aber konnte der Prätor durch Befehl an den Richter der Hauptsache es dahin bringen, daß die condemnatio in dieser Sache nicht eher erfolgte, als bis das Sponsionsverfahren beendigt war.

Das Verfahren der Hauptsache war nun aber mit dem Entscheid darüber, wessen Wette gut, wessen schlecht sei, noch nicht zu Ende, vielmehr schloß sich hieran, im Falle sich die Partheien nicht gütlich auseinander setzten, ein arbitrium litis aestimandae, welches die Umwandlung des vom Verklagten in

Digitized by Google

Folge des Wertverlustes zu leistenden Objects in eine Geldsumme behufs der sonst nicht möglichen Execution zum Zwecke hatte. In diesem durch eine legis actio per judicis seu arbitri postulationem (s. unten) eingeleiteten Verfahren konnte dann der Verklagte seine entweder durch Anerkennung und Caution gesicherten oder durch Sponsionsverfahren festgestellten Ansprüche zur Geltung bringen, dergestalt, daß die arbitri auf dieselben bei Bestimmung der Condemnationssumme um den Werth der Ansprüche des Verklagten geringer griffen.

Eine andere prozessualische Gestaltung der Retentionseinrede müssen wir für diejenigen Rechtsverhältnisse annehmen, in welchen die legis actio per judicis seu arbitri postulationem Platz griff. Bei diesen Rechtsverhältnissen in welchen ex fide bona arbitri zu entscheiden hatten, bei den arbitriis: pro socio, de tutelis, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, de negotiis gestis etc. kam es mehr darauf an, daß das zwischen den Partheien obwaltende Rechtsverhältniß „durch einen unpartheiischen Schiedsmann, nach rechtlicher Leute Art und Sitte“ nach allen Seiten hin gestaltet und zurechtgesetzt wurde. Hier ist es daher im höchsten Grade wahrscheinlich, daß die legis actio per judicis seu arbitri postulationem und das in Folge derselben vor dem arbiter eingeleitete Verfahren geeignet und bestimmt waren, Retentionsansprüche von allerlei Art, sowohl solche, wegen deren der Verklagte, wie z. B. auf Ersatz von Impensen, ein Klagerecht nicht hat, als auch solche, wegen deren ihm, wie z. B. bei dem Kauf, eine Klage zusteht, der Cognition des arbiter zu unterbreiten. Nach dem schon angedeuteten Zweck und der inneren Natur dieser arbitria läßt sich annehmen, daß der arbiter beiden Partheien zunächst die entsprechenden Auflagen machte, daß er dem Verklagten aufgab, das Geforderte zu liefern, zugleich aber den Kläger anwieß, den Ansprüchen des Verklagten Genüge zu leisten, und daß das eigentliche Urtheil auf Antrag des Klägers erst dann erfolgte, wenn entweder der Kläger der richterlichen Auflage bezüglich seiner Leistung an den Verklagten nachgekommen war, oder derselbe nachweisen konnte, daß der

Digitized by Google

Verklagte die Annahme der Leistung verweigert habe. Ebenso konnte wahrscheinlich auch umgekehrt auf Antrag des Verklagten Absolution erfolgen, wenn er nachwieß, daß der Kläger dem richterlichen Dekrete nicht nachgekommen sei, obwohl er seinerseits zu der ihm obliegenden Leistung bereit gewesen. So waren dann Condemnation ohne Berücksichtigung der Ansprüche des Verklagten auf der einen, und Absolution des Verklagten auf der andern Seite die im Hintergrunde stehenden Rechtsnachtheile, welche die Partheien und insbesondere auch den Kläger antreiben mußten, den richterlichen Auflagen nachzukommen. Dabei war dann auch, wenn sich alsbald ergab, daß Verklagter das geschuldete Object in Natur nicht liefern konnte, er aber gleichwohl dem Kläger verhaftet blieb, eine sofortige Abschätzung der vom Verklagten geschuldeten Leistung mit Berücksichtigung der Gegenansprüche des Verklagten natürlich nicht ausgeschlossen; es wurde in diesem Falle der Verklagte in den Werth der von ihm geschuldeten Leistung nach Abzug des Werthes der ihm selbst zukommenden Leistung verurtheilt.

Wenn wir nun auch in dem Vorausgehenden näher darzulegen versucht haben, daß und auf welche Weise die zur Retention berechtigenden Ansprüche des Verklagten schon zur Zeit der legis actiones berücksichtigt worden seien, so soll damit nicht gesagt sein, daß schon in jener Zeit den Magistrat und den arbiter feste Prinzipien bei Behandlung jener Ansprüche geleitet hätten, es soll vielmehr im Gegentheil hervorgehoben werden, daß die Frage, ob solche Ansprüche zu berücksichtigen seien oder nicht, wohl lediglich dem Gefühl des Prätors und noch mehr dem des arbiter überlassen blieb.

Bei dieser Annahme ist es dann wahrscheinlich, daß zur Zeit der legis actiones außer den Ansprüchen auf Ersatz von Verwendungen und auf sonstige Entschädigung, welche nach dem Obigen durch Klage nicht geschützt waren und bei welchen daher schon dieserhalb die Billigkeit auf Berücksichtigung hinwies — nur solche Gegenansprüche des Verklagten als zur Retention berechtigend angesehen und deßhalb vor Gericht berücksichtigt wurden,

Digitized by Google

welche unmittelbar aus dem der Klage zu Grunde liegenden Geschäft entspringen, und sich als wirkliche Gegenleistungen des Klägers aus dem fraglichen Geschäft darstellen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß aus dem Geschäft selbst *per judicis vel arbitri postulationem* geklagt wurde. Für den Fall nämlich, daß Stipulationen über die Verbindlichkeiten aus dem fraglichen Geschäfte abgeschlossen waren, und aus diesen geklagt wurde, liegt mit Rücksicht auf die starke absolut verpflichtende Kraft, welche die Römer dieser ihnen eigenthümlichen Vertragsform beilegten, die Vermuthung nahe, daß die Römer solchen Ansprüchen des Verklagten, welche die parate Execution der Stipulation hinauszuschieben bestimmt waren, zur Zeit der legis actiones kein Gehör geschenkt haben. Bedurfte es doch zur Zeit des ordo judiciorum, um solchen Ansprüchen den strengen Klagen gegenüber in judicio Berücksichtigung zu verschaffen, der Aufnahme eines förmlichen deßhalbigen Befehls in die Formel.

Wo aber ein Retentionsanspruch des Verklagten zur Zeit der legis actiones vom Magistrat oder dem judex der Berücksichtigung werth gehalten wurde, da führte dies — und das ist die Quintessenz aus dem Bisherigen, niemals unmittelbar zur Abweisung der Klage, zur Absolution des Verklagten, sondern vielmehr zunächst zu einer, entweder vom Prätor — wie bei der legis actio sacramento — angeordneten, oder zu einer vom arbiter — wie bei der legis actio per judicis s. arbitri postulationem — ex officio eingeleiteten Verhandlung, welche die Feststellung des Anspruchs in quali et quanto zum Zwecke, und sodann entweder die effective Berücksichtigung des Gegenanspruchs im arbitrium litis aestimandae, oder aber eine Weisung des arbiter an den Kläger, dem Anspruch zu genügen, — zur weiteren Folge hatte. Die Abweisung der Klage trat nur als Strafe des Ungehorsams für den Kläger ein, und diente daher als compelle für letzteren, den Retentionsanspruch um so eher zu befriedigen.

Digitized by Google

§. 2.

Das Retentionsrecht zur Zeit des Ordo judiciorum.

Wir haben gesehen, daß zur Zeit der legis actiones die Retentionsansprüche des Verklagten auf der einen Seite in dem Sakramentsprozesse nur auf einem Umwege, mittelst eines besonderen (des Sponsions-) Verfahrens zur Berücksichtigrng gelangen konnten, und auf der andern Seite in dem Verfahren der legis actio per judicis s. arbitri postulationem dem durch feste Prinzipien noch nicht bestimmten Gefühle des arbiter anheim gegeben waren. In beiderlei Hinsicht wurde es anders in dem Verfahren per formulas; denn in den nämlichen, durch die Klage veranlaßten Verfahren wurden die Retentionsansprüche verhandelt und zur Geltung gebracht, und in materieller, wie processualischer Hinsicht bildeten sich feste Regeln über das Retentionsrecht.

Es ist bekannt wie dem Prätor durch die formulae die Macht und die Aufgabe geworden war, den gesammten Rechtsschutz, sowohl für die Verhältnisse des jus civile und die neuen Rechtsverhältnisse, für welche Klagen bisher noch nicht vorhanden waren, als auch insbesondere für die Vertheidigung des Verklagten zu organisiren. Namentlich war in letzterer Hinsicht die Thätigkeit des Prätors eine heilbringende. Umstände, welche aus dem Gesichtspunkte der aequitas den an sich begründeten Anspruch ganz oder theilweise auszuschließen geeignet waren, stellte er in Form der exceptio als Ausnahme von dem Condemnationsbefehl in die Formel, und gab damit dem judex die Weisung, im Falle sich jene Thatsachen als wahr erweisen würden, eine Verurtheilung gar nicht, oder doch nicht in dem vom Kläger beanspruchten Umfang eintreten zu lassen. Indem nun der Prätor bei Beantwortung der Frage, ob dieser oder jener Umstand würdig sei, als exceptio in die Formel gesetzt zu werden, unter dem Einfluß der immer thätigeren und glänzenderen Wissenschaft stand, mußten allmählig feste Prinzipien über jene Frage entstehen, mußte eine vollständige Theorie der Exceptionen sich ausbilden.

Digitized by Google

So ist es insbesondere mit der exceptio doli gegangen. Zunächst trat sowohl bei bonae fidei, als bei stricti juris actiones, wenn der Beklagte Umstände anführen konnte, welche die unbedingte Durchführung des Klaganspruchs als eine Ungerechtigkeit erscheinen ließen, der Prätor durch Ertheilung einer exceptio in factum schützend ein, und schloß dadurch die Condemnation für den Fall aus, daß der den Gegenstand der exceptio bildende factische Hergang sich als wahr herausstellen würde. So lernte man durch diese Thätigkeit des Prätors eine Reihe von Umständen kennen, welche aus Gründen der aequitas den Klaganspruch hemmten oder modificirten. Erweitert und geläutert wurde aber diese Kenntniß durch die Wissenschaft und zwar zuerst und hauptsächlich durch *Labeo* [12]), welcher sich vornehmlich mit der exceptio doli beschäftigte. Daher konnte man mit der Zeit alle diejenigen Umstände, welche zur Durchführung der aequitas bisher als exceptio in factum der Formel einverleibt waren, unter dem generellen Namen: exceptio doli zusammenfassen, und der Prätor brauchte nicht mehr die factischen Hergänge, welche die Einrede begründeten, sondern nur die Worte: si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat, der formula einzuverleiben. Damit war gesagt, daß der Richter nicht der Klagbitte gemäß verurtheilen dürfe, wenn und soweit sich Verhältnisse ergeben sollten, welche den Anspruch des Klägers als unbillig darstellen würden, und da man durch die Praxis und Wissenschaft wußte, welche Umstände diesen Charakter an sich trugen, so nahm der Richter in Folge jener allgemeinen exceptio auf alle solche Umstände Rücksicht. Eine weitere Folge jener practischen und wissenschaftlichen Ausbildung der exceptio doli war ferner, daß man es bei den *arbitriis* und **nachherigen** bonae fidei actionibus nicht für nothwendig hielt, daß der Prätor solche Umstände, welche materiell unter den Begriff der exceptio doli fielen, als formelle exceptio in die Formel aufnahm, daß man vielmehr bei diesen Verhältnissen, in welchen schon die formula nur das

---

12) Dernburg, a. a. O., S. 174.

zur Condemnation verweist, was Treu und Glauben gebieten (quidquid dare facere oportet ex fide bona) dem Richter allein die Beurtheilung darüber anvertraute, ob der vom Beklagten auf eine angebliche Unbilligkeit des Klägers gestützte Einwand erheblich sei oder nicht [12]). Dabei war dann aber nicht ausgeschlossen, daß der vorsichtige Beklagte, welcher dem Rechtssinn und practischen Tact des judex nicht allzuviel traute, auch bei den b. f. negotiis vom Prätor die Formulirung eines den Stoff der exceptio doli enthaltenden Umstandes als exceptio in factum und deren Aufnahme in die Formel erwirken, dadurch aber sich die Berücksichtigung seines Vorbringens durch den judex sichern konnte, und es liegt die Annahme nahe, daß dies, bevor die Theorie der exceptio doli völlig ausgebildet war, häufiger vorgekommen ist, als nachdem jene Theorie zum Abschluß gekommen war. Hieraus erklären sich Stellen wie: *Gaius* IV, §. 126 und fr. 14. §. 1. Commun. divid.

Die erstere lautet:

Item si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, objicitur ei exceptio *Ut ita demum emtor damnetur, si ei res quam emerit, tradita esset.*

und beweißt, daß der Klage des Verkäufers aus dem Kaufe gegenüber die Einrede, es sei die verkaufte Sache noch nicht geliefert, als exceptio in factum in die Formel aufgenommen wurde [13]).

---

12) Daraus, daß man zur Zeit der formulae annahm, der Richter könne und müsse bei den bonae fidei judiciis die exceptio doli auch ohne besondere Ermächtigung des Prätors in der Formel berücksichtigen, was man durch den Satz ausdrückte: doli exceptio bonae fidei judiciis inest, ergibt sich dann zugleich ein bedeutendes Moment für die Wahrscheinlichkeit unserer obigen Annahme, daß der arbiter bei der legis actio p. judicis s. arbitri postulationem Retentionsansprüche des Verklagten ex officio habe berücksichtigen müssen; denn die früheren arbitria sind die späteren bonae fidei negotia.

13) Einen gleichen Beweis liefert das fr. 25. de act. emt. 19, 1 nicht, wenn, wie es den Anschein hat, die von Puchta Instit. II. §. 170 aufgestellte Ansicht richtig ist, daß in dieser Stelle von einer condictio certi aus einer über den Kaufpreis abgeschlossenen Stipulation

Die zweite Stelle von Paulus lautet:

Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agetur, *aequitate ipsius judicis* retinere possim, considerandum est. Quod quidem *magis puto*, quia bonae fidei judicium est communi dividundo.

und liefert den Beweis, daß es Fälle gab, in welchen man zweifelhaft (considerandum — magis puto) war, ob bei bonae fidei judiciis dieser oder jener Umstand unter den Gesichtspunkt der vom judex ex officio zu berücksichtigenden exceptio doli falle, oder ob dessen Berücksichtigung dem judex durch formelle exceptio geboten werden müsse.

Alles, was wir in diesem § über die Einrede im Allgemeinen, insbesondere aber dasjenige was wir über die exceptio doli vorgetragen haben, Alles dies gilt nun auch im vollem Umfange von unserer Einrede der Retention in ihren verschiedenen Erscheinungen, denn es betrachteten die Römer, wie schon erwähnt, die Einrede der Retention aus dem Gesichtspunkte der exceptio doli und auch die eben angeführten Stellen behandeln beide eigentliche Retentionseinreden.

Von der schwankenden Existenz, die es zur Zeit der legis actiones hatte, gelangte das Retentionsrecht gleich der ihm analogen Compensation während der Dauer des ordo judiciorum zu allgemeiner Anerkennung und zu einer festen Theorie. Dafür bürgen nicht bloß die vielfachen Anwendungen der Retentionseinrede, auf welche wir unten zurückkommen werden, und die gleichmäßige Beurtheilung derselben in den verschiedenen Fällen, sondern auch der Umstand, daß man unser Rechtsmittel zu Julians Zeit allgemein als ein Analogon des pignus betrachtete,

---

die Rede sei, der gegenüber natürlich die exceptio doli in die Formel gesetzt werden mußte.

worauf wenigstens der häufig vorkommende Ausdruck: retinere pignoris loco, quasi pignus hinweist[14].

Wie aber in und durch den Formularprozeß die materielle Seite des Retentionsrechts ausgebildet wurde, so ist auch in und durch denselben die prozessualische Wirkung der Retentionseinrede vornämlich festgestellt worden, so daß uns die einschlagenden Quellenzeugnisse aus der Zeit des ordo judiciorum die hauptsächlichste Ausbeute zur Lösung unserer Frage liefern werden.

§. 3.

Fortsetzung.

Ehe wir zur Darstellung der prozessualischen Wirkung unserer Einrede zur Zeit des ordo judiciorum im Speciellen übergehen, müssen wir einige Bemerkungen über die Wirkung der Einreden im Allgemeinen vorausschicken.

Wir treffen hier auf eine bislang noch von Wenigen bestrittene Meinung, der zufolge zur Zeit des Formularprozesses alle exceptiones — peremtorische, wie dilatorische — falls sie in judicium deducirt und begründet gefunden wurden, unbedingt die Consumtion des gegenüberstehenden Klagerechts zur Folge gehabt und zur Abweisung der Klage, zur Absolution des Verklagten geführt hätten[15]. Diese Ansicht muß aber als unrichtig bezeichnet werden. Wie in neuerer Zeit Keller[16] angedeutet, und Dernburg[17] näher dargelegt hat, gab es nämlich bei

14) Cf. Dernburg a. a. O. S. 93. fr. 59. de furtis 47, 2. fr. 15 eod. fr. 20 de acq. vel am. poss. 41, 2.

15) Diese Wirkung wird von Manchen, wie von Savigny Syst. V. S. 176 nur bei denjenigen exceptiones dilatoriae geleugnet, welche keinen Bezug auf den Inhalt der Intentio hatten, wie z. B. der exceptio fori oder praejudicialis. Savigny nimmt an, daß bei diesen der judex, wenn er sich von ihrer Begründung überzeugte, nicht absolviren, sondern sich des Urtheils für jetzt ganz enthalten mußte, so daß dann die Klage nicht verloren war. Dagegen Keller a. a. O. S. 150 Note 398.

16) Röm. Civilproz. S. 150.

17) Compensation S. 201 ff.

Digitized by Google

den Römern im klassischen Rechte nicht bloß Einreden, welche im Falle ihrer Begründung Absolution des Verklagten herbeiführten, sondern auch solche, welche eine Modification, eine Minderung der Condemnation zur Folge hatten. So lehren Ulpian und Paulus, die Exception sei eine Bedingung, welche die Condemnation bald ausschließe, bald mindere, und scheiden sogar hiernach das Gebiet der Exceptionen in zwei Theile [18].

Ferner steht es fest, und ist auch unter den Neueren unbestritten, daß einzelne Einreden, wie die exceptio: quod quis facere potest (beneficium competentiae) [19] u. s. die in fr. 17 §. 2. ad SC. Vellej. [20] gedachte Einrede nicht völlige Lossprechung des Beklagten, sondern nur eine Minderung der Condemnation bewirkt haben.

Endlich hat Dernburg in dem citirten Werke über die Compensation den Nachweis geliefert, daß auch die exceptio doli in vielen Fällen nicht Abweisung der Klage, sondern Be-

---

18) Paulus in fr. 22. de except. 44, 1.
Exceptio est conditio, quae modo *eximit* reum damnatione, modo *minuit* damnationem.
Ulpianus in fr. 2. pr. de except. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi solet actioni cujusque rei ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

19) Fr. 7. de except. 44, 2.

20) Africanus libro IV Quaestionum:
Mulier et Titius, quum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniae rei facti sunt; non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat; nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur, potius esse, ut SC. locus non sit. At si in aliquam emtionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri et ideo creditorem *partem* dumtaxat a muliere petere posse, quodsi totum petierit, exceptione pro parte summovetur. Hier hat die exceptio sogar gegenüber einer condictio certi die Wirkung der Minderung der Condemnation.

schränkung der Condemnation zur Folge gehabt habe, wobei er sich vornehmlich auf fr. 27 §. 5 und 6 de pactis 2, 14; fr. 9 §. 1 de cond. caus. dat. 12, 4; fr. 85 de legat. I; C. 14 de R. V. 3, 32; fr. 16 ad leg. Falc. 35, 2 u. fr. 38 de R. V. 6, 1 beruft.

Wie verhält es sich nun mit der exceptio doli in ihrer Funktion als Retentionseinrede? Führte sie zur Absolution des Verklagten, oder zur Modification der Condemnation? Wir behaupten das letztere, und wollen es nunmehr nachzuweisen versuchen.

Schon die allegirten beiden Stellen, nämlich des Fr. 38 de R. V. und des Fr. 16 ad leg. Falc. sprechen entschieden für unsere Ansicht. In der ersteren Stelle wird ausdrücklich gesagt, daß der mit der R. V. belangte Besitzer eines Grundstücks nur in diejenige Summe verurtheilt werden solle, welche sich nach Abzug des Betrags seiner Verwendungen von dem Werthe des Grundstücks ergebe. In der andern Stelle wird ausgesprochen, daß derjenige, welcher dem mit mehreren Gegenständen bedachten Legatar einige dieser Sachen ohne Abzug der Falcidischen Quart ausgehändigt hat, in Folge der exceptio doli, welche er einer auf Herausgabe der übrigen Sachen gerichteten Klage entgegensetzt, sich wegen der ganzen Quart — auch soweit sie sich auf die bereits geleisteten Sachen beziehe — durch Retention der übrigen Sachen bezahlt machen könne. Kein Wort wird hier davon gesagt, daß die exceptio doli zur Abweisung der Klage führe, vielmehr heißt es, der Verklagte solle in Folge der exceptio doli *ex* reliquis retiniren, was im Sinne des klassischen Prozeßrechts nichts anderes heißen kann, als daß der Verklagte von dem Werthe der Gegenstände, in den er schließlich verurtheilt wird, den Betrag der Quart behalten könne, daß er also, um mit der vorigen Stelle zu reden, deducta quarta Falcidia condemnirt wird.

Doch wir wollen, um unseren Beweis zu liefern, etwas weiter ausholen:

I. In dem röm. Concursverfahren wurde bekanntlich das gesammte Vermögen des Eridars an den bonorum emtor unter

Aufsicht des Prätors verkauft. Der bonorum emtor wurde Universalsuccessor des Cridars, er erhielt alle Klagen des letzteren, haftete aber auch den Gläubigern des Cridars bis zum Betrage bestimmter, bei dem Güterkauf zu zahlen übernommener Prozente. Klagte nun der bonorum emtor eine Forderung des Cridars ein, so kam hier, wie wir bei *Gaius* IV, §. 65 ff. lesen, dem Beklagten, welcher selbst Ansprüche an den Cridar hatte, das Institut der deductio zu statten. Diese hatte den Zweck, daß der Beklagte seine Gegenansprüche an den Cridar bis zur Höhe der vom bonorum emtor übernommenen Prozente auf die eingeklagte Forderung in Abrechnung bringen durfte, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die beiderseitigen Forderungen ex eadem causa entsprangen, und ob sie auf Gegenstände derselben Art gerichtet waren, oder nicht. In deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis; itaque si pecuniam petat bonorum emtor et invicem frumentum aut vinum ipse debeat, *deducto quanti id erit in reliquum experitur*. Dabei wird dann von *Gaius* hervorgehoben, daß die deductio, welche vom Beklagten vor dem Prätor geltend gemacht wurde (objicitur deductio bonorum emtori), nicht bei der intentio, sondern bei der condemnatio in der Formel ihren Platz erhielt, woraus von Gaius selbst weiter gefolgert wird, daß in Gemäßheit des §. 37 im IV. Buch: „At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris periculum nullum est den Kläger bei gegründet gefundener deductio nicht der Rechtsnachtheil der Zuvielforderung, nämlich Verlust des Prozesses (causa cadit, id est rem perdit; (Gai. IV, §. 53) treffen könne.

In diesem, allerdings auf das römische Concursverfahren eingeschränkten Institute finden wir eine der Retentionseinrede höchst ähnliche Befugniß des Beklagten. Ja, es bestand eigentlich für den Fall, daß die Gegenforderungen des Beklagten auf Gegenstände anderer Art, als die der Klagforderung gerichtet wären, die Befugniß der deductio in einem Retentionsrechte, welches über die demselben durch das Erforderniß der Connexität gezogene Gränze hinaus ging. Sie gab dem Beklagten das

Digitized by Google

Recht, wegen jedweder, mit dem Klaganspruch nicht zusammenhängenden Forderung das geklagte Object bis zum Betrage der letzteren mit der Wirkung zu retiniren, daß bei dem demnächstigen, auf Geld gerichteten Urtheil der Werth des verklagtischen Gegenanspruchs in Abzug kam, sei es nun, daß die Klage auf Geld, der Gegenanspruch auf eine andere Leistung gerichtet, und daher die letztere abgeschätzt werden mußte (itaque si pecuniam petat bonorum emtor et invicem frumentum aut vinum ipse debeat...), oder daß umgekehrt die Gegenforderung auf Geld, die Klage auf ein anderes Object ging, und deßhalb zum Zweck des Abzugs eine Schätzung des letzteren eintrat. Auch darin hatte die deductio Aehnlichkeit mit der Retentionseinrede, daß sie gleich einer eigentlichen exceptio in jure vorgeschützt wurde.

Hiernach hatte also die in der deductio liegende eigenthümliche Retentionseinrede nicht die Abweisung der Klage zur unmittelbaren Folge. Es wird von Gajus ausdrücklich hervorgehoben, daß bei gegründeter deductio der Kläger nicht etwa einer pluris petitio sich schuldig gemacht habe, daß vielmehr die Gegenforderung des Beklagten auf die Klagforderung abgerechnet wurde.

Dabei muß dann — wie sich aus dem Nachfolgenden noch ergeben wird — als wahrscheinlich angenommen werden, daß der judex, bevor er das endliche Geldurtheil gab, dem Kläger und Verklagten die gegenseitige Befriedigung auflegte, und erst, im Falle diese von der einen oder anderen Seite nicht erfolgte, zum endlichen Erkenntniß schritt.

II. Bei der auf Rückforderung der dos gerichteten rei uxoriae actio, welche zu den freien Klagen gehörte, und bei der dem arbitrium des Richters ein noch größeres Gebiet eröffnet war, als bei den übrigen, späterhin bonae fidei judicia genannten arbitriis, — kamen eigenthümliche, dem Ehemann zustehende Abzugsrechte vor. So insbesondere wegen Verwendungen auf die dos, unter denen sich wieder die wegen impensae necessariae auszeichnen, weil sie das Dotalvermögen selbst ipso jure minderten,

ferner propter res amotas, propter res donatas und propter liberos[21]).

Das in Folge jener Klage eingeleitete Verfahren hatte den Zweck, die Ansprüche der Frau auf die dos und die Gegenansprüche des Mannes in quali et quanto festzustellen und die Befriedigung der beiderseitigen Ansprüche herbeizuführen, zu welchem Zwecke dem Richter die verschiedensten Mittel zu Gebote standen. Das einfachste und natürlichste Mittel war, daß der Richter der Frau befahl, die Ansprüche des Mannes, wegen deren ihm das Recht der Retention zustand, zu befriedigen, und den Mann anwies, die Dotalsachen unter der Bedingung, daß er von der Frau Befriedigung erhalten haben würde, an die Frau herauszugeben[22]).

Auch hier führte also die dem Manne eingeräumte Retentionsbefugniß nicht unmittelbar zur Zurückweisung der Dotalklage. Namentlich finden wir in dem Titel de impensis in res dotales factis (25, 1) nicht die geringste Andeutung von einer solchen Wirkung der Retentionseinrede, und es würde diese Wirkung auch zu dem Zwecke des in Folge der Dotalklage eingeleiteten Verfahrens, welches die Interessenten auseinandersetzen und die in Folge der dos begründeten Vermögensverhältnisse definitiv regeln sollte — gewiß wenig stimmen.

§. 4.

Fortsetzung.

III. Indem wir nunmehr die prozessualische Wirkung der Retentionseinrede den sonstigen Klagen gegenüber zu schildern versuchen, werden wir unsere Betrachtung zunächst den actiones arbitrariae, sodann den nicht arbiträren Klagen zuwenden.

Die arbitrariae actiones waren bekanntlich besondere, durch ein eigenthümliches Verfahren ausgezeichnete Klagen, welche neben

21) Vgl. über diese retentiones Dernburg a. a. O. §§. 11. 12. 14 und 15.

22) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 1[illegible]

Digitized by Google

dem Ausspruch über das streitige Recht (judicium) noch eine besondere, dem freien richterlichen Ermessen anheimgegebene Verhandlung behufs Naturalbefriedigung des Klägers in judicio herbeiführten (arbitrium). Im Allgemeinen war jenes Verfahren anwendbar bei den auf Restitution oder Exhibition gerichteten Klagen mit Ausnahme der Condictionen und civilen Deliktsklagen. Es gehört daher zu den arbitriae actiones die rei vindicatio, die Publiciana, Serviana, hereditatis petitio, confessoria actio, quod metus causa, doli, ad exhibendum, finium regundorum, depositi, redhibitoria actio u. a.[23]). Bei der Eigenthümlichkeit des alten Prozesses, nach welcher die Execution und darum die Verurtheilung nur in Geld geschehen durfte, konnte der Kläger, dem es grade um Wiedererlangung der ihm eigenthümlichen Sache zu thun war, durch die Hartnäckigkeit des Verklagten den Klaggegenstand selbst sehr oft verlieren, und mußte sich mit einem Geldäquivalent abfinden lassen, um welches der böswillige Verklagte die Sache gleichsam kaufte. Dieser mit der Einschränkung der Execution auf Geld verknüpfte Uebelstand fand sich zwar bei jeder Art von Klagen vor; aber er war besonders fühlbar bei denjenigen, welche auf Restitution einer dem Kläger gehörigen Sache, auf Herstellung des gewohnten Zustandes gerichtet waren, während es schon weniger hart erschien, wenn der Kläger eine ihm vom Verklagten geschuldete Sache, die er selbst noch nicht im Besitze hatte, und die bisher noch kein wesentliches Moment seiner Haushaltung, seines Geschäfts oder seines Ackerbaus gewesen war, — durch den bösen Willen des Verklagten entbehren mußte. Darum wurde zwar bei allen Klagen, deren Petitum nicht auf eine bestimmte Geldsumme ging, zunächst über das Begehren des Klägers in judicio verhandelt und dem Verklagten, falls sich der Richter von der Rechtmäßigkeit des klägerischen Anspruchs überzeugte, vorerst die Weisung gegeben, das Begehren des Klägers zu erfüllen, die geschuldete Leistung in Natur abzu-

23) Savigny Syst. V. §. 222 und 223.

Digitized by Google

führen, worauf dann erst bei nicht erfolgter Leistung in natura die Condemnation in Geld erfolgte. Allein bei unseren arbiträren Klagen bewirkte das erwähnte größere Interesse, welches hier regelmäßig der Kläger an der Naturalleistung hatte, daß die auf letztere abzielende Weisung des Richters sowohl von Seiten des Prätors, als durch das Recht selbst einer besonderen Beachtung werth gehalten wurde. Darum sprach der Prätor bei den arbitrariae actiones in der Formel besonders aus, daß der Richter erst dann condemniren solle, wenn der Beklagte nicht seinem arbitrium gemäß restituire, und machte es dadurch dem judex zur besonderen Pflicht, nach vorgängigem Entscheid über das Recht des Klägers dem Beklagten zur freiwilligen Befriedigung des Klägers durch eine je nach den Umständen von dem Richter festzustellende Leistung unter der Verwahrung aufzufordern, daß sonst Condemnation in Geld, und zwar in eine vom Kläger selbst durch jusjurandum in litem zu bestimmende Geldsumme erfolgen werde (restituere arbitrio, arbitratu judicis)[24]. In letzterer Hinsicht machte nämlich das Recht den Restitutionsbefehl des judex durch das Institut des jusjurandum in litem besonders wirksam, indem es dem Kläger im Falle des dolus oder der contumacia des Beklagten die eidliche Abschätzung seines Anspruchs gestattete und dadurch die Möglichkeit herbeiführte, daß der Beklagte in eine den Werth der Naturalleistung weit übersteigende Geldsumme verurtheilt wurde.

Wo wurde nun die exceptio doli in ihrer Funktion als Retentionseinrede bei der actiones arbitrariae vorgeschützt, wann wurde über sie verhandelt, und welche Wirkung wurde ihr beigefügt?

Vor dem Prätor brauchte sie nicht vorgeschützt zu werden. Denn wenn auch die actiones arbitrariae nicht ohne Weiteres mit den actiones b. f. identificirt werden können[25]), so sind sie doch auch auf der anderen Seite nicht durchgängig strenge

24) §. 28. 29. 30. J. de act. 4, 6. fr. 68. de R. V. 6, 1.
25) Puchta Inst. II, §. 170 N. u.

Digitized by Google

Klagen. So sind die actio depositi, commodati, pignoratitia, redhibitoria zugleich bonae fidei actiones, und es ist daher bei denselben nicht erforderlich, die exceptio doli schon in jure vorzuschützen. Die rei vindicatio dagegen ist eine strenge Klage, soweit es sich um das Recht des Klägers, um die intentio; si paret rem actoris esse handelt, und darum müssen Einreden, welche gegen die intentio selbst gerichtet sind, z. B. die exceptio rei venditae et traditae in jure vorgebracht werden. Die Verhandlung in judicio dagegen, welche nach erfolgter Entscheidung über das Recht des Klägers, nach der bei der rei vindicatio so genannten pronuntiatio de re[26]) beginnt, wird von dem freien Ermessen des judex, wie bei den eigentlichen arbitriis, den spätern b. f. judiciis geleitet, und es müssen deßhalb alle Einreden des Verklagten, welche nicht gegen die intentio, sondern nur gegen die Pflicht oder das Maaß der geforderten Restitution anstreben, wie z. B. das Berufen des Beklagten der R. V. gegenüber auf einen Pachtvertrag, auf ein Pfandrecht, auch ohne vorgängige Vorschützung in jure von dem Richter berücksichtigt werden[27]). Unsere Einrede der Retention berührt aber der Natur der Sache nach die intentio offenbar nicht, bezieht sich vielmehr recht eigentlich auf die Restitution, welche sie zu modificiren bezweckt.

Nach erfolgter Entscheidung also, daß der Kläger Recht habe, nach ergangener *pronuntiatio de re*, ist die *exceptio doli* als Retentionseinrede *in judicio* vorzubringen, und eine Aufnahme derselben in die Formel ist unnöthig, wenn schon sie nach den obigen allgemeinen Bemerkungen unter Umständen als in factum exceptio Vorsichts halber auf Verlangen des Verklagten in die Formel gesetzt werden konnte.

Für den uns allein interessirenden Fall, daß Verklagter die Sache noch besitzt, haben wir also bis jetzt folgendes Verfahren:

Der Prätor ertheilt die Formel der actio arbitraria und nimmt unter Umständen die Retentionseinrede in die Formel auf.

26) Keller a. a. O. S. 116.
27) Puchta Inst. II, §. 170.

Digitized by Google

1Der judex verhandelt und entscheidet über das Recht des Klägers, spricht die *pronuntiatio de re* aus.

Der Verklagte schützt die Retentionseinrede auf Grund gemachter Verwendungen oder sonstiger zur Retention berechtigender Ansprüche vor.

Das weitere durch die Retentionseinrede veranlaßte Verfahren und die Wirkung derselben gestalteten sich nun nach unserer Auffassung folgendermaßen:

Der Richter entschied zunächst über die rechtliche Begründung der Retentionseinrede, also darüber, ob der vorgebrachte Anspruch des Verklagten seiner rechtlichen Natur nach ein zur Retention berechtigender sei. Hatte er diese Frage zu Gunsten des Verklagten entschieden, so fragte es sich weiter, ob der Kläger den Anspruch des Verklagten bestritt. Erkannte der Kläger den Anspruch des Verklagten nicht an, so war eine Beweisverhandlung, die sich hier alsbald anschloß, zum Zweck der Feststellung des Retentionsanspruchs in quali et quanto erforderlich. War sodann die Existenz und der Umfang des Retentionsanspruchs außer Zweifel, oder aber beides vom Kläger anerkannt worden, so erfolgte nun der arbitratus, der jussus restituendi Seitens des Richters. Dieser aber fiel in Folge der begründeten Retentionseinrede nicht, wie sonst, unbedingt aus, sondern es knüpfte nunmehr der Richter in seinem *jussus de restituendo* die Restitutionsverbindlichkeit des Verklagten an die Bedingung, daß der Kläger vorher dem Retentionsanspruch des Verklagten Genüge leiste, und erkannte hierdurch das Retentionsrecht des Verklagten auch förmlich und wörtlich an.

Grade in dieser Anerkennung der Retentionsbefugniß gegenüber der Verpflichtung zur Restitution wird die Bedeutung des Retentionsrechts in seiner letzten Consequenz ausgesprochen. Retinere heißt nicht bloß die Befugniß, eine Sache oder Leistung einer außergerichtlichen Aufforderung gegenüber zurückhalten zu dürfen, sondern bedeutet grade auch das Recht, selbst der Macht des richterlichen Befehls gegenüber die eigne Leistung bis nach

Digitized by Google

erfolgter Leistung des Gegners weigern zu dürfen, und dieses Recht ist es, welches in dem Restitutionsbefehle anerkannt wird.

Unsere Ansicht ergibt sich aus nachfolgenden Stellen:

1) fr. 65. de R. V. 6, 1. *Papinianus* libro II. Responsorum: „Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita *non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam* creditori ejus solutam, qui pignori datum praedium habuit... *recuperaverit.*

Die exceptio doli hatte nach dieser Stelle nicht die Wirkung, daß nun gar kein Restititutionsbefehl erlassen wurde, daß die Klage alsbald abgewiesen wurde, sondern trotz der exceptio wurde der Verklagte gezwungen zu restituiren; aber non aliter, quam si pecuniam recuperaverit; es wurde also dem Beklagten befohlen, zu restituiren, wenn er das Geld von dem Kläger werde wieder erlangt haben. Restitue, befahl der judex, si pecuniam recuperaveris.

2) Fr. 48. de R. V. 6, 1. *Papinianus* libro II. Responsorum; Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt; verum *exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur,... etenim... superfluum sumtum... dominus restituere cogitur.*

Hier wird geradezu als Wirkung der exceptio doli ausgesprochen, daß der Richter vermöge des ihm bei der actio arbitraria leitenden billigen Ermessens (officium — aequitatis ratio) den klagenden Eigenthümer zur Restitution des Kostenaufwands anhalten solle, und es ist anzunehmen, daß sich Papinian die Art und Weise, wie dies geschah, hier ebenso dachte, wie in der vorigen Stelle.

3) fr. 27. §. 5. de R. V. *Paulus* libro II. ad Plautium: In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, *per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet,* si perseveret actor petere rem suam non redditis sumtibus.

4) fr. 29. §. 2. de pignoribus et hypoth. 20, 1. *Paulus* libro V. Responsorum: Domus pignori data exusta est, eamque

aream emit Lucius Titius, et exstruxit; quaesitum est de jure pignoris; Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare; et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est cum jure pignoris; *sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.*

5) fr. 50. de Usufructu 7, 1. *Paulus* libro III. ad Vitellium. Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit, ejusque fidei commisit, ut ejusdem fundi partis dimidiae usumfructum Titiae praestaret; Maevius villam vetustate corruptam, necessariam cogendis et conservandis fructibus, aedificavit; quaesitum est, an sumtus partem pro portione ususfructus Titia agnoscere debeat? Respondit *Scaevola, si, priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere, quam ejus sumtus ratio haberetur.*

Da diese drei letzten Stellen sämmtlich von **Paulus** herrühren, so dürfte es außer Zweifel sein, daß auch der in fr. 27 §. 5. de R. V. und in fr. 50. de usufr. gebrauchte Ausdruck ratio eorum haberi nichts Anderes im Sinne des Juristen bedeutet, als die Berücksichtigung des Retentionsanspruchs **durch die bedingte Form des Restitutionsbefehls**, wie solche im fr. 29 §. 2 de pignoribus klar ausgesprochen wird.

6) fr. 23. §. 8. de aedil. ed. et redhib. 21, 1. *Ulpianus* libro I ad edict. aedil. curul. Quare sive emtori servus furtum fecerit, sive alii cuilibet, ob quod furtum emtor aliquid praestiterit, *non aliter hominem venditori restituere jubetur, quam si indemnem eum praestiterit.*

7) fr. 29. §. 3 eod. *Ulpianus* eod. Si quid tamen damni sensit, vel si quid pro servo impendit, *consequetur arbitrio judicis*, sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Julianus, *sed ne alias compellatur hominem venditori restituere*, quam si eum indemnem praestet.

Auch aus diesen zu 6. und 7. angeführten Stellen, welche beide von Ulpian herrühren, und beide von der arbiträren actio redhibitoria handeln, geht unzweideutig hervor, daß der Reten-

tionsansprüche zunächst zu einer bedingten Fassung des Restitutions-befehls führte. Bemerkenswerth sind diese beiden Stellen noch dadurch, daß sie von einem Retentionsrechte des **Klägers** reden, denn in beiden klagt der Käufer des Sclaven auf Redhibition, also auf Zurückerstattung des Kaufpreises, gegen Zurücklieferung des Sclaven, zu welcher letzteren er aber in Folge seiner Retentionsansprüche nur unter der Bedingung angehalten werden soll, daß er wegen der letzteren schadlos gehalten werde. Zugleich liefern beide Stellen den klarsten Beweis dafür, daß der judex bei den arbiträren Klagen auch **dem Kläger** die erforderlichen Auflagen machte.

Wir schließen unsere Beweisführung mit einer von **Diocletian** und **Maximian** herrührenden Constitution, welche im Jahre 290, also kurze Zeit vor Aufhebung des Ordo judiciorum ergangen ist, nämlich mit der

8) C. 16. de evict. 8, 45. ... Praeses ... impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione, restitui vobis jubebit[28]).

Auch nach dieser Stelle soll der Richter den Kläger zum Ersatz der Verwendungen anhalten.

Hiernach stimmen nicht blos die bedeutendsten römischen Juristen: **Papinian** und seine Schüler: **Ulpian** und **Paulus**, sondern auch die älteren Rechtslehrer **Scävola** und **Julian**, welche in den citirten fr. 50. de Usufr. und fr. 29. de aed. edict. in Bezug genommen werden, sowie endlich die späteren Kaiser **Diocletian** und **Maximian** dahin überein, daß der **Richter bei den arbiträren Klagen die Retentionsansprüche des Verklagten in dem Restitutionsbefehle berücksichtigen müsse**, und wir dürfen ferner als erwiesen annehmen, **daß dies grade durch die bedingte Fassung des Restitutionsbefehls geschah.**

---

28) Wie Eingang und Schluß unserer Constitution ergeben, handelt dieselbe davon, daß die Käufer eines Grundstücks auf Herausgabe eines Theils desselben von dem Eigenthümer mit einer dinglichen Klage belangt worden.

Digitized by Google

Je nach Beschaffenheit der Leistungen, welche im Restitutionsbefehle genannt waren, verlangte nun der judex entweder die sofortige Realisirung des jussus de restituendo und damit die sofortige Befriedigung der Retentionsansprüche des Beklagten, oder er gab hierzu Frist[29]. Setzten sich die Partheien in Gemäßheit des Restitutionsbefehls in Güte auseinander, so gingen sie wieder vor den judex und es erfolgte nun sententia absolutoria, der Beklagte wurde absolvirt. Diese gütliche Auseinandersetzung wird sehr häufig eingetreten sein; denn die Nachtheile, welche den gegen den Restitutionsbefehl Ungehorsamen trafen, waren sehr bedeutend. War eine gütliche Ausgleichung nicht erfolgt, so lag dies entweder an dem Beklagten, oder an dem Kläger.

Hatte der Kläger den Gegenstand der Retentionsforderung dem Beklagten vergeblich angeboten oder geleistet, ohne daß der Beklagte seinerseits dem Restitutionsbefehle nach kam, so erschien dieser als contumax in restituendo, der Kläger wurde zum jusjurandum in litem gelassen, und der Beklagte in eine den wahren Werth des geklagten Objects vielleicht weit übersteigende Geldsumme verurtheilt, ohne daß wahrscheinlich sein Retentionsanspruch im endlichen Erkenntniß berücksichtigt wurde. Jedenfalls würde die Absicht des Richters, den Retentionsanspruch bei Bestimmung der Condemnationssumme zu berücksichtigen, durch das Recht des Klägers, den Werth des Streitgegenstandes über den wahren Werth hinaus durch seinen Eid zu bestimmen, in den meisten Fällen illusorisch geworden sein. In denjenigen Fällen, in welchen dem Beklagten wegen seines Retentionsanspruchs ein Klagrecht zustand, blieb dann die betreffende Klage bestehen, weil die endliche Sentenz den Retentionsanspruch unberücksichtigt ließ und daher seiner Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegenstehen konnte. Dahingegen waren diejenigen Retentionsansprüche, welche durch Klagen nicht gesichert waren, für den

29) Vgl. fr. 6. §. 2 de confess. 42, 2. fr. 9. de praescr. verb. 19, 5 fr. 55 de act. emt. vend. Keller a. a. O. S. 287 neu N. 794.

Digitized by Google

Beklagten in Folge seines Ungehorsams verloren. Weigerte sich aber auf der anderen Seite der Kläger, den Retentionsanspruch des Beklagten zu befriedigen, sei es durch eine dem Restitutionsbefehle gegenüber alsbald abgegebene deshalbige Erklärung, oder im Falle Frist gegeben war, dadurch, daß er die Retentionsleistung dem Beklagten anzubieten unterließ, so erfolgte nunmehr die Zurückweisung der Klage, denn diese Wirkung wurde nun nachträglich der exceptio doli des Beklagten beigelegt.

Hieraus erklären sich nachfolgende Stellen, welche um so wichtiger sind, als sie, wie wir unten sehen werden, in der Praxis zu unrichtigen Ansichten über unsere Frage Veranlassung gegeben haben.

1) Fr. 28. de pignorat. act. 13, 7. *Julianus* libro XI Digestorum: Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa ejus possessione Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus sit, *exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.*

Der Pfandgläubiger ist aus dem Besitz des Faustpfandes gekommen und hat in Folge einer gegen den Besitzer erhobenen Klage die Litisästimation erlangt. Nachher klagt auch der Pfandschuldner gegen denselben Beklagten auf Herausgabe der verpfändet gewesenen Sache, und der Besitzer retinirt die Sache, bis ihm die dem Pfandgläubiger bezahlte litis aestimatio vom Kläger ersetzt ist.

2) Fr. 28. de noxalibus act. 9, 4. *Africanus* libro VI Quaestionum: Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxae dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, *exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum* ...[30]).

---

30) Aus dem Nachsatz der Stelle: sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem: si dominus ejus sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam. Et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum pos-

Digitized by Google

3) Fr. 27. §. 1. eod.: *Gajus* libro VI ad edictum provinciale: Ex his quae diximus de servo, qui alicui pignoris jure obligatus est, deque statulibero, et de eo, cujus ususfructus alienus est, apparet eum, qui alienum servum in jure suum esse responderit, quamvis noxali judicio teneatur, non tamen posse noxae deditione ipso jure liberari, quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, quum ipsi domini non sint. Certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus vindicet, *nec litis aestimationem afferat, poterit per exceptionem doli mali repelli.*

4) Fr. 13. de rebus eorum qui sub tutela etc. 27, 9 *Paulus* libro singulari ad Orationem Divi Severi: Ein Tutor hat ohne Dekret des Prätors ein Grundstück des Pupillen verkauft, mit dem Kaufgelde aber sind väterliche Schulden bezahlt worden, deren Zahlung dem Pupillen, als Erben des Vaters, obliegt. Der Pupill vindizirt später das verkaufte Grundstück. Der Jurist sagt: Quamquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare praedium possit, attamen *Papinianus* libro quinto Responsorum ait, tutorem pupilli sine decreto Praetoris non jure distrahere; si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium cum fructibus vindicanti *doli non inutiliter opponitur exceptio, pretium* ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur, *non offerenti,* si ex ceteris ejus facultatibus aes alienum solvi non poterit.

Gegenüber den zum Beweise des bedingten Restitutionsbefehles aufgeführten Quellenzeugnissen kommen die hier allegirten Stellen, in denen wir theilweise den nämlichen Juristen begegnen, welche sich für die bedingte Fassung des Restitutionsbefehles als Folge der Retentionseinrede aussprachen, gewiß nur dahin verstanden werden, daß es erst nach veröffentlichtem Restitutionsbefehle darauf ankommt, ob der Kläger bereit sei, den

sideam ... lernen wir einen Fall kennen, in welchem usucapirt und die Publiciana gegeben wird, obwohl der Besitzer weiß, daß die Sache einem Anderen gehört.

Retentionsanspruch zu befriedigen, und daß im Falle der Nichtbefriedigung oder des Nichtanbietens desselben die Klage abgewiesen werde, nicht aber dahin, daß der Erlaß des Restitutionsbefehles von einer vorgängigen Erklärung des Klägers, wie er bereit sei, den Retentionsanspruch zu befriedigen, abhängig gemacht worden sei. Nicht der Erlaß des Restitutionsbefehles, sondern die Ertheilung des endlichen Geldurtheils war davon abhängig, daß sich der Kläger zur Befriedigung des Retentionsanspruchs dem Verklagten gegenüber bereit erklärt hatte. Vor Ertheilung des Restitutionsbefehles kam darauf, ob Kläger bereit war, der Retentionsforderung Genüge zu leisten, durchaus nichts an; diese Frage wurde erst wichtig, wenn es sich um Fällung des endlichen Urtheils handelte; denn dieses konnte für den Kläger nur dann ausfallen, wenn er den Retentionsanspruch befriedigt, oder dieserhalb dem Verklagten ein vergebliches Anerbieten gemacht hatte, und mußte gegen ihn ausfallen, wenn er es an Beiden aus bösem Willen oder wegen Unvermögens hatte fehlen lassen.

Bestätigt wird diese unsere Ansicht durch die einfache Darstellung der Retentionseinrede wegen Verwendungen, welche uns Gaius im zweiten Buche der Inst. §. 76—78. giebt. Er sagt:

§. 76. Sed si ab eo petam usumfructum vel aedificium, et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas *ei solvere nolimus, poterit* nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit. §. 77. Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt; itaque si ego eos libros easque membranas petam, *nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero.* §. 78. Sed si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere: cujus diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, *poteris per exceptionem doli mali*

Digitized by Google

summoveris; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat; quo casu, nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere ...

Die wiederkehrenden Ausdrücke: poterit repellere, summoveri potero, poteris repellere, poteris summovere weisen deutlich darauf hin, daß die Abweisung der Klage nicht die unmittelbare, sondern nur die schließlich mögliche Folge der exceptio doli war, daß die Klage nicht unbedingt, sondern erst beim Eintritt einer weiteren Bedingung, des klägerischen Ungehorsams oder Unvermögens nämlich, zurückgewiesen wurde. Beide Wirkungen der exceptio doli, die Berücksichtigung des Retentionsanspruchs in dem Restitutionsbefehle sowohl, als auch die schließlich mögliche Zurückweisung der Klage, werden endlich in der nachfolgenden Stelle zusammengefaßt, welche somit eine allgemeine Bekräftigung unserer in diesem §. gelieferten Ausführung enthält:

Fr. 11. de noxalib. act. 9, 4. *Ulpianus* libro VII ad edict.: Bona fide servi possessor ejus nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur; sed noxae dedendo non facit quidem actoris. Quum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur, *vel* officio judicis consequetur, ut indemnis maneat.

Die Nichtbefolgung der in dem Restitutionsbefehle enthaltenen Auflage an den Kläger konnte nun sowohl in dem bösen Willen, als in dem Unvermögen desselben ihren Grund haben. In beiden Fällen konnte regelmäßig[31]) der Verklagte Abweisung der Klage verlangen. Er konnte aber auch in beiden Fällen darauf antragen, daß der Betrag seiner Retentionsforderung von dem

31) Das Retentionsrecht wegen impensae utiles gab in diesen beiden Fällen dem Beklagten nicht unbedingt das Recht, Abweisung der Klage zu verlangen, weil es ungerecht erscheint, den Eigenthümer unbedingt zum Ersatz von Verwendungen anzuhalten, die ohne seine Genehmigung gemacht und nicht, wie die impensae necessariae zur Erhaltung der Sache nothwendig gewesen sind. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 347 ff. und die daselbst angeführten Stellen.

Digitized by Google

Werthe des Klagobjekts abgezogen und er in den Rest condemnirt wurde. Alsdann wurde nachträglich die Retentionseinrede zu einer Compensationseinrede, indem die Requisite der Compensation nach früherem Rechte: Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen und Entspringen derselben aus dem nämlichen Rechtsverhältnisse in Folge der Umwandlung des Klagobjects oder des Gegenstandes der Retentionsforderung in ein Geldquantum und bezw. in Folge der rechtlichen Natur des Retentionsrechts, vermöge deren es nur wegen connexen Forderungen stattfindet[32]), beide in gleichem Maße vorhanden waren[33]).

So sehen wir also einerseits, daß es zur Abweisung der Klage in Folge der exceptio doli im Falle des klägerischen Ungehorsams oder Unvermögens nur alsdann kam, wenn nicht der Verklagte Compensation vorzog, und andererseits, daß in Folge der exceptio doli auf Verlangen des Verklagten eine Compensation der beiderseitigen Ansprüche, und damit, was wir eben behaupteten, eine Minderung der eigentlichen Condemnation herbeigeführt werden konnte. Außerdem konnte sich aber auch alsdann die ursprüngliche Retentionseinrede in eine Compensationseinrede umwandeln, wenn das ursprüngliche Klagobject nach dem Restitutionsbefehle casu oder culpa des Beklagten untergegangen war und der letztere auf die Aestimation verhaftet blieb, oder wenn dem Verklagten neben Restitution der Hauptsache auch Zahlung einer Geldsumme wegen zu ersetzender, nicht mehr vorhandener oder nicht gezogener Früchte oblag. Auch hier führte die exceptio doli zur Minderung der Condemnation. So wurden insbesondere die impensae necessariae, im Falle die Sache, auf welche sie gemacht waren, nach dem Restitutionsbefehle untergegangen war, von der Aestimationssumme in Abzug gebracht[34]).

---

32) Siehe oben S. 371.
33) Vgl. Dernburg a. a. O. 422.
34) **Arg. fr. 39 de usufr. 7, 1.**

§. 5.
Fortsetzung.

Wir haben nunmehr noch die Retentionseinrede in ihrer prozessualischen Wirkung den nicht arbiträren Klagen gegenüber darzustellen.

Schon oben Seite 388 haben wir darauf hingewiesen, daß nicht bloß bei den arbiträren, sondern auch bei allen anderen Klagen der Condemnation eine Weisung des Richters an den Verklagten, den Klaganspruch zu befriedigen, in der Regel vorausgegangen, und daß bei den arbiträren Klagen nur vermöge ihrer besonderen Natur auf diese Weisung ein größeres Gewicht gelegt worden sei. Aus diesem letzteren Umstande, und daraus, daß die auf den alten Prozeß Bezug habenden Bestimmungen von den Compilatoren Justinians zum größten Theile bei Seite gesetzt worden sind, erklärt es sich, daß unsere Quellen über jene auch bei den andern Klagen vorausgegangene Weisung sich nicht so deutlich aussprechen. Gleichwohl müssen wir annehmen, daß bei allen nicht arbiträren Klagen, insbesondere den nicht arbiträren bonae fidei actiones eine solche Weisung dem endlichen Erkenntnisse vorausgegangen sei. Einmal wird es auch bei den nicht arbiträren Klagen dem Kläger meistens grade um die geschuldete Leistung zu thun sein, wie wir dies oben für die arbiträren Klagen annehmen, und es mußte demnach auch hier wünschenswerth erscheinen, daß der Richter durch eine dem jussus de restituendo analoge Weisung auf die Leistung des eigentlich geschuldeten Objects hinwirkte. Ferner dienten die bonae fidei judicia, die arbitria, wie sie früher genannt wurden, in Hinsicht auf das freie richterliche Ermessen, durch welches sie sich auszeichneten, dem bei den arbitriae actiones dem Ausspruch über die intentio, der pronuntiatio de re, nachfolgenden Verfahren zum Vorbilde, die arbitrariae actiones waren in diesem Theile des Verfahrens wirkliche arbitria und bonae fidei judicia. Es ist deßhalb auch nicht unwahrscheinlich, daß die an den Verklagten vor Ertheilung des Urtheils ergehende richterliche Weisung bei

Digitized by Google

den bonae fidei judiciis schon längst in Uebung gewesen, als man derselben bei den actiones arbitrariae und dem jussus de restituendo eine besondere Aufmerksamkeit zuwendete. Endlich wird aber die Existenz seiner richterlichen Weisung bei den nicht arbiträren bonae fidei judiciis durch das fr. 9 de praescr. verb. 19, 5 bewiesen, wo *Papinianus* libro II Quaestionum sagt:

Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque *judicis officio* non vetus obligatio restaurabitur, *sed promissa praestabitur*, *aut* condemnatio sequetur[35]).

Die Klage, von welcher in der Stelle geredet wird, ist eine bonae fidei actio, nämlich die aus dem Innominatcontract entspringende actio in factum civilis[36]). Nun soll officio judicis die versprochene Delegation des Schuldners prästirt werden, oder, nämlich wenn dies nicht geschieht, die Condemnation erfolgen. Das *officio judicis* praestare bedeutet aber grade, daß der Beklagte durch den Richter angehalten werden solle, die Delegation vorzunehmen.

Den eigentlichen b. f. actiones im engern Sinne standen aber in Hinsicht auf das freie Ermessen und die Macht des Richters alle freien Klagen gleich, zu denen außer den b. f. actiones und den actiones arbitrariae namentlich sämmtliche actiones honorariae gehörten[37]). Wir dürfen daher annehmen, daß bei diesen freien Klagen überhaupt vor dem Endurtheil dieselben richterlichen Auflagen an den Kläger und den Beklagten vorkommen konnten, wie bei den b. f. actiones. Und was endlich die stricti juris actiones und die deren allgemeine Natur theilenden strengen Klagen überhaupt betrifft, so bedurfte es bei diesen nur der Aufnahme der exceptio doli in die Formel, um sie in

35) Vgl. auch das S. 399 citirte fr. 11 de noxalib. act. 9, 4, wo gleichfalls eine dem Endurtheil vorhergehende richterliche Weisung unverkennbar ist.

36) Vgl. v. Savigny, Syst. V, 96 ff.

37) Vgl. Savigny Syst. V, 480. Nr. X.

Rücksicht auf das freie Ermessen des Richters den freien Klagen gleichzustellen und so jene richterlichen Auflagen zu ermöglichen.

Auch da, wo die Klage selbst schon auf baares Geld gerichtet war, ging wohl jene Weisung des Richters an den Verklagten, den Kläger in Güte zu befriedigen, dem Endurtheil alsdann vorher, wenn der Verklagte gegen den Kläger einen Retentionsanspruch geltend gemacht hatte, der zu einer gleichen Weisung an den Kläger führte.

Hiernach dürfen wir mit Keller[38]) annehmen, daß bei allen Arten von Klagen zunächst über den Anspruch des Klägers verhandelt und entschieden, alsdann dem Verklagten, falls die Entscheidung zu Gunsten des Klägers ausfiel, die Erfüllung des Klaganspruchs aufgegeben sei, und erst, wenn der Verklagte diesem Ansinnen nicht nachkam, der zum Zweck der Execution erforderliche Umsatz in Geld und die Condemnation in Geld eintraten.

Setzen wir aber bei den nicht arbiträren Klagen eine solche dem jussus de restituendo analoge richterliche Weisung voraus, dann ergiebt sich auch ohne Weiteres die Wahrscheinlichkeit, daß der Richter die Retentionsansprüche des Verklagten ganz in derselben Weise, wie bei dem jussus de restituendo berücksichtigte, wobei nur zu bemerken ist, daß der Richter bei den strengen Klagen hierzu nur durch eine in die Formel recipirte exceptio doli ermächtigt wurde.

Wir behaupten hiernach, daß die Retentionsansprüche des Verklagten auch bei den nicht arbiträren Klagen durch die bedingte Fassung der richterlichen Weisung Berücksichtigung fanden, und verweisen bezüglich der weiteren Wirkung der Retentionseinrede auf das dieserhalb bei den actiones arbitrariae Bemerkte.

Folgende Stellen, welche von nicht arbiträren Klagen handeln, legen von unserer Ansicht Zeugniß ab, wenn sie auch aus schon angeführten Gründen die prozessualische Wirkung der Re-

---

38) L. c. S. 286.

Digitized by Google

tentionseinrede, insbesondere deren Berücksichtigung in der richterlichen Weisung nicht in dem Maaße hervortreten lassen, wie die oben angeführten Stellen, welche von actiones arbitrariae handeln:

1) Fr. 57. pr. de aedil. edict. 21, 1. *Paulus* libro IV. Responsorum: Si servus mancipium emit, et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia praestiterit, quae huic actioni continentur, et quidem solida, non peculio tenus; *nam et si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.*

Die letzten Worte dieses Fragments behandeln die von den Neueren s. g. exceptio non adimpleti contractus, welche der Verkäufer, auf das Kaufobject belangt, der Klage entgegensetzt. Die Verbindung, in welche diese letzteren Worte mit dem von der actio redhibitoria handelnden Anfang der Stelle gebracht sind, läßt darauf schließen, daß die exceptio non adimpleti contractus dieselbe Wirkung äußerte, wie die der arbitraria actio redhibitoria entgegengesetzte Retentionseinrede. Auch die Ausdrucksweise: nisi solverit — nihil consequitur auf der einen, und der Umstand, daß die Klage des Käufers als erhoben gedacht ist (si agat) auf der anderen Seite, weisen nicht undeutlich darauf hin, daß die exceptio non adimpleti contractus nicht alsbaldige Abweisung der Klage, sondern zunächst eine, wenn auch indirecte, Auflage an den Kläger, den Retentionsanspruch zu befriedigen, und erst bei Nichtbefolgung dieser Auflage (nisi solverit) die Verweigerung der Condemnation (nihil consequitur) die Abweisung der Klage zur Folge gehabt habe.

Ebenso sind zu verstehen:

2) Fr. 18. §. 1. de peric. et com. rei vend. 18, 6. *Papinianus* libro III. Responsorum: Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, nisi fidejussores idonei a venditore ejus evictionis offerantur.

Wir begegnen hier ganz derselben Ausdrucksweise, wie wir sie oben bei dem bedingten Restitutionsbefehle gefunden haben. Der Käufer wird zwar gezwungen, das Kaufgeld zu bezahlen, aber nur unter der Bedingung, daß ihm genügende Sicherheit

wegen der drohenden Eviction geleistet wird. So faßte auch Gothofred diese Stelle auf, wenn er zu derselben bemerkt: Evictione initio venditionis imminente emtor pretium *alias solvere non cogitur, nisi fidejussores idoneos a venditore accipiat.*

3) L. 8. C. de act. e. v. IV, 49. i. f. *Diocletianus et Maximianus*: ...Et si te ex emto ad inducendum eum in vacuam possessionem praedii perspexerit (nämlich der praeses provinciae) conveniri, existimabit an pretium sit solutum, ac si repererit non esse pretio satisfactum, hoc restitui tibi providebit.

Gothofred bemerkt zu dieser Stelle: Judex actorem se induci in possessionem postulantem *ex officio condemnare potest, ut reo prius pretium exsolvat.*

Eine eigentliche Condemnation des Klägers hat nun zwar, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle einer Widerklage, wie sie unter den Kaisern zunächst bei Forderungen aus demselben Rechtsverhältnisse üblich wurde[39]), — wegen des Anspruchs des Beklagten auf den Kaufpreis gewiß nicht stattgefunden; aber der Richter soll doch nach unserer Constitution darauf sehen, dahin wirken (providebit), daß dem Verklagten der Preis bezahlt werde, und dies geschah nach unserer Ansicht durch die bedingte Fassung der an den Verklagten ergehenden Weisung.

4) C. 24. de evict. 8, 45 von denselben Kaisern: Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venumdatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclamen in libertatem, quum in ipso limine contractus immineat evictio, *emtorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli juris auctoritate monstratur*....

Auch

5) das fr. 13. §. 8. de act. emt. et vend. 19, 1. *Ulpianus* libro XXXII ad Edict.: Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, *nondum*

39) Savigny Syst. VI, S. 330 ff.

Digitized by Google

est ex empto actio, venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit will nicht sagen, daß die Klage des Käufers noch nicht begründet und darum zurückzuweisen sei, wenn das Kaufgeld noch nicht bezahlt worden. Man könnte dies aus den Worten: nondum est ex empto actio folgern, und man hat es auch gefolgert. Allein diese Worte sind nicht buchstäblich zu nehmen, man muß hinzufügen: cum effectu, um sie mit den anderen Stellen in Einklang zu bringen[40]. Das endliche, den Verklagten condemnirende Erkenntniß kann nicht eher erfolgen, als bis entweder das Kaufgeld ganz bezahlt oder vergeblich angeboten ist, und mit Beziehung auf dies endliche Urtheil kann man denn auch sagen: Vor gezahltem oder offerirtem Kaufpreise habe der Käufer noch keine wirksame Klage.

Ebenso, wie bei den actiones arbitrariae, bewirkte also auch bei den übrigen Klagen die begründete Retentionseinrede regelmäßig zunächst eine bedingte Anweisung an den Verklagten, in welcher die Befriedigung des Retentionsanspruchs durch den Kläger die Bedingung der Leistung des Verklagten bildete. Durch die Verhandlung in judicio konnte aber auch diese bedingte Anweisung ausgeschlossen und durch anderweite Umstände bewirkt werden, entweder, daß die Anweisung an den Verklagten unbedingt lautete, oder, daß es zu einer Anweisung an den Verklagten gar nicht kam, die Klage vielmehr alsbald abgewiesen wurde. Beruft sich der Kläger gegenüber der Retentionseinrede auf ein den Retentionsanspruch umfassendes pactum de non petendo, oder darauf, daß der Verklagte versprochen habe, mit seiner Leistung voranzugehen, so erfolgte nun die Anweisung an den Verklagten unbedingt[41].

Macht dagegen der klagende Käufer replicando z. B. geltend, daß ihm durch ein Willkührgesetz (novae tabulae) der Kaufpreis erlassen sei, und weigert er sich deßhalb, das Geld zu bezahlen,

---

40) Savigny Syst. V, S. 289.
41) *Gaius* IV, §. 126.

so kommt es zu einer Weisung an den Verklagten gar nicht, die Klage wird vielmehr alsbald zurückgewiesen[42].

§. 6.

Die Retentionseinrede im Verfahren *extra ordinem* und nach Aufhebung des *ordo judiciorum*. Uebergang zum heutigen Recht.

Die Retentionseinrede wurde auch von dem Magistrat in den Fällen der extraordinaria cognitio berücksichtigt, wie z. B. fr. 40. §. 1. de condict. indeb. 12, 6 ergiebt, wo vom Retentionsrecht gegenüber der bekanntlich extra ordinem behandelten petitio fideicommissi die Rede ist. Daß aber auch nach der unter Diocletian erfolgten Beseitigung des Ordo judiciorum in dem nunmehr durchgängig eintretenden Verfahren extra ordinem unsere Retentionseinrede Berücksichtigung fand, — das zeigen die sämmtlichen oben behandelten Stellen, deren Aufnahme in die justinianische Compilation das beste Zeugniß dafür ablegt, daß man die Retentionseinrede auch nach Aufhebung des ordo judiciorum als practisches Institut anerkannt hat.

Was nun die Wirkung und weitere Behandlung der Retentionseinrede im Verfahren extra ordinem betrifft, so liegt in der Natur dieses Verfahrens an sich kein Grund für die Annahme, daß beide in demselben eine wesentliche Aenderung hätten erleiden müssen. Vor dem Magistrat, der jetzt zugleich judex war, wurde die Retentionseinrede vorgeschützt. Dieser entschied über deren rechtliche Begründung, ließ die factischen Grundlagen derselben und die Größe des Anspruchs feststellen (wobei sich der Prätor in den extraordinariae cognitiones zur Zeit des ordo judiciorum besonderer arbitri bedienen konnte[43]), erließ sodann die vorläufige

42) **Fr. 50 de act. emt. et vend. 19, 1.: Labeo libro IV. Posteriorum a Javoleno epitomarum: Bona fides non patitur, ut, quum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur et re sua careret...**

43) Puchta Inst. II, S. 214. Note n.

Digitized by Google

Weisung an den Beklagten, den Kläger unter der Bedingung zu befriedigen, daß ihm seinerseits der Kläger wegen des Retentionsanspruchs gerecht werden würde, und sprach endlich ein condemnatorisches oder absolutorisches Urtheil aus, je nachdem der Kläger den Gegenstand des Retentionsanspruchs geleistet, bezw. vergeblich offerirt hatte, oder aber der Kläger den Retentionsanspruch nicht befriedigen wollte oder konnte.

Dahingegen war es ein anderer, mit der Aufhebung des ordo judiciorum in keiner Verbindung stehender Umstand, welcher auf die Retentionseinrede den wesentlichsten Einfluß übte.

Zur Zeit der legis actiones ging zwar das Urtheil auf die geschuldete Leistung selbst, sei es direct, wie bei der legis actio per judicis s. arbitri postulationem, sei es indirect durch den Ausspruch über die eingegangene Wette, wie bei der legis actio per sacramentum; allein, um die nur auf ein Geldquantum mögliche Execution herbeizuführen, schloß sich hier ein weiteres Verfahren Behufs Umwandlung des Streitgegenstandes in eine Geldsumme an (arbitrium litis aestimandae). Wegen Unmöglichkeit der Execution in einen anderen Gegenstand, als Geld mußte ferner zur Zeit des Verfahrens per formulas jedes Urtheil bei Strafe der Nichtigkeit auf certa pecunia gerichtet werden, und hierin lag weiter, wie wir sahen, der Grund, weshalb der Richter vor Fällung des endlichen Erkenntnisses zunächst durch eine deßhalbige Auflage und bei den actiones arbitrariae insbesondere durch den jussus de restituendo darauf hinwirkte, daß dem Kläger das eigentlich geschuldete Object von dem Verklagten geleistet wurde. Es hatten also diese an den Verklagten erlassenen Aufforderungen lediglich in der Nothwendigkeit der Geldcondemnation ihren Grund, welche wieder in der Eigenthümlichkeit des älteren Executionsverfahrens ihre Erklärung findet.

Wir finden nun zunächst, daß der Magistrat in den einzelnen Fällen der extraordinaria cognitio zur Zeit des ordo judiciorum sein Erkenntniß nicht auf certa pecunia zu richten brauchte, derselbe vielmehr den Verklagten auch in die eigentlich geschuldete

Digitized by Google

Leistung verurtheilen, und auch die Execution auf diese richten konnte[44]).

Wir lernen ferner aus fr. 68. de R. V. 6, 1, daß bei den actiones arbitrariae, bei denen ja die Möglichkeit eines directen Zwangs zur Naturalbefriedigung eine ganz besonders willkommene Errungenschaft sein mußte, schon zur Zeit Ulpian's, also auch während des ordo judiciorum, die Condemnation sowohl, wie die Execution ausnahmsweise auf das eigentliche Streitobject gerichtet werden konnte.

Wir wissen endlich, daß in späterer Zeit die Execution — abgesehen von den auf ein reines facere gerichteten Obligationen — überall auch auf andere Gegenstände, als Geld bewerkt werden konnte[45]), und bemerken ferner, wie Justinian in Folge dessen in C. ult. de fideic. libert. 7, 4 bestimmt hat, es solle bei allen Klagen die Condemnation wo möglich auf das eigentliche Streitobject erfolgen.

Durch diese Veränderungen, welche mit der Execution und dem Urtheile im Laufe der Zeit vorgingen, wurden nun aber diejenigen Institute, welche auf die Naturalleistung des Verklagten hinwirken sollten, nämlich der jussus de restituendo und die Aufforderung des Richters zur Naturalbefriedigung bei den nicht arbiträren Klagen um deswillen unpraktisch und überflüssig, weil diese Institute lediglich in der früheren Unmöglichkeit eines auf das Streitobject selbst gehenden Urtheils und in dem nunmehr beseitigten Mangel eines directen Zwangs zur Naturalleistung ihren Grund hatten. Mit Rücksicht auf §. 2. J. de officio judicis IV, 17[46]) tragen wir daher kein Bedenken, daß

---

44) Puchta Inst. II. S. 273. Wetzel, Vindicationsproz. §. 19.

45) Puchta Inst. II. S. 280.

46) Hier wird über das Urtheil bei in rem actiones gesagt: Et si in rem actum sit, sive contra petitorem *judicaverit*, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, *jubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus...* Das Judicat (judicaverit) vertrat hiernach zu Justinians Zeit ganz den früheren jussus de restituendo (jubere... restituat).

jenige, was Savigny[47]) als eine sehr nahe liegende Vermuthung hinstellt: daß nämlich der jussus de restituendo bei den actiones arbitrariae zu Justinian's Zeiten nicht mehr vorgekommen, und daß der §. 31 J. de act., welcher auf den jussus de restituendo als ein practisches Institut hinzuweisen scheine, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden sei; — als aus dem Entwickelungsgange des röm. Prozesses sich ergebende Gewißheit hinzustellen. Jene Institute fielen weg, weil das Urtheil selbst auf das eigentliche Streitobject lautete und sogar direct vollzogen werden konnte, damit aber der Zweck derselben in größerer Vollkommenheit erreicht wurde. Es trat demnach im späteren Prozeß das Endurtheil selbst an die Stelle des *jussus de restituendo* und der bei den nicht arbiträren Klagen ergehenden Aufforderung zur Naturalbefriedigung. Die Folge davon war aber die, daß der Retentionsanspruch, gleichwie früherhin durch die bedingte Fassung des *jussus de restituendo* etc., nunmehr durch die bedingte Fassung des Endurtheils zur Geltung gebracht wurde. Alle die Quellenzeugnisse, welche wir oben behufs Nachweisung der bedingten Form des Restitutionsbefehls etc. angeführt haben, sind zwar im Geiste der alten Juristen, denen sie entlehnt, von dem Restitutionsbefehle etc., im Sinne Justinian's aber von dem endlichen Erkenntnisse zu verstehen.

Abgesehen von dem Falle, wo der Kläger alsbald erklärt, den Retentionsanspruch nicht befriedigen zu wollen, führt jetzt die begründete Retentionseinrede niemals mehr zur Abweisung der ursprünglich erhobenen Klage; sie hat vielmehr stets nur die Wirkung, daß das Retentionsrecht in dem Endurtheil gerichtsseitig anerkannt und demzufolge dem Verklagten die Befriedigung des Klägers nur unter der Bedingung anbefohlen wird, daß er seinerseits wegen des Retentionsanspruchs befriedigt werde. Eine Bereiterklärung des Klägers, dem Retentionsanspruch zu

47) System V. S. 145.

genügen, kann insbesondere nicht Bedingung der Verurtheilung des Verklagten sein. Dies ergiebt sich daraus, daß das auf das eigentliche Streitobject gehende Urtheil an die Stelle des jussus de restituendo etc. getreten war; der Erlaß dieses jussus und der bei den nicht arbiträren Klagen ergehenden Aufforderung aber, wie wir auszuführen suchten, von einer vorgängigen Bereiterklärung des Klägers nicht abhing.

Nun legten wir aber oben die Stellen, welche von offerre, paratus esse auf Seiten des Klägers reden, dahin aus, daß nicht der Restitutionsbefehl &c. sondern die Ertheilung des condemnatorischen Geldurtheils durch vorgängige Befriedigung des Retentionsanspruchs oder doch durch eine deßhalbige Bereiterklärung des Beklagten bedingt, und daß die ursprüngliche Klage auf Grund der exceptio doli nachträglich alsdann zurückgewiesen werde (summoveri, repelli etc.), falls der Kläger dem Verklagten nicht Befriedigung des Retentionsanspruchs anbiete. Da diese nachträgliche Folge der exceptio doli nach unserer Ansicht im späteren Recht nicht mehr eintritt, so sind jene Stellen noch mit der letzteren in Einklang zu bringen. Die Stellen enthalten etwas Wahres, wenn sie sagen, daß der Kläger zurückgewiesen werde, der nicht zu Befriedigung des Retentionsanspruchs bereit gewesen sei; nur ist der Ausdruck insofern ungenau, als es den Anschein hat, sie wollten die Zurückweisung der ursprünglichen Klage als Folge davon hinstellen. Die ursprüngliche Klage kann nicht mehr zurückgewiesen werden, da schon ein Endurtheil vorhanden ist, welches den Beklagten, wenn auch bedingungsweise, verurtheilt hat. Zurückgewiesen wird der Kläger im späteren Recht nur mit der auf Einleitung der Hülfsvollstreckung abzweckenden *actio judicati*, wenn er zur Befriedigung des Retentionsanspruchs nicht bereit gewesen ist. Gleichwie früher die Entscheidung des ebenfalls zur Einleitung der Execution erforderlichen Geldurtheils von vorgängiger Tilgung oder doch vergeblicher Oblation des Retentionsanspruchs abhängig war, so ist es jetzt die zu Einleitung der Execution nothwendige actio judicati, und sowie früherhin der Kläger, welcher die Re-

tentionsforderung nicht befriedigen wollte oder konnte, auf Antrag des Verklagten mit der erhobenen Klage nachträglich abgewiesen werden konnte, so wird in gleichem Falle nunmehr der Antrag auf Execution d. i. die actio judicati zurückgewiesen. So sind jene Stellen im Sinne Justinians aufzufassen, und so stimmen sie zu unserer Ansicht. Bemerkt muß dabei noch werden, daß der in den Stellen vorkommende Ausdruck: summoveri, welcher im classischen Rechte technisch die definitive Zurückweisung der Klage bedeutet, der actio judicati gegenüber in dieser Bedeutung wohl nicht mehr aufzufassen ist, da die auf ein Retentionsrecht gestützte exceptio doli der actio judicati gegenüber ihrer Natur nach nur einen, die Execution aufschiebenden, einen dilatorischen Charakter hat, die dilatorischen Einreden aber zu Justinians Zeit bekanntlich nicht mehr, wie früher, definitive Zurückweisung, sondern nur zeitweise Abweisung neben anderweiten, den Kläger treffenden Nachtheilen zur Folge haben [48].

Schließlich wollen wir hier noch bemerken, daß auch in der vorliegenden Periode des röm. Prozesses die Retentionseinrede zu einer effectiven Minderung der Condemnation alsdann führen konnte, wenn das eigentlich geschuldete Object während des Rechtsstreits nach erfolgter Litiscontestation, oder nach gefälltem Urtheile zu Grunde ging, der Verklagte aber gleichwohl auf die Aestimation verhaftet blieb, oder wenn der Beklagte neben der Verurtheilung zur Herausgabe der eingeklagten Sache auch noch wegen zu ersetzender, nicht mehr vorhandener, oder nicht gezogener Früchte oder wegen angerichteter Schäden zur Zahlung einer Geldsumme schuldig erkannt wurde, indem sich auch hier die Einrede der Retention in einen Compensationsanspruch verwandelte.

§. 7.

Die Retentionseinrede im heutigen Recht.

Wir haben nunmehr noch die prozessualische Wirkung der Retentionseinrede im heutigen Prozeß darzustellen.

48) §. 10. J. de except. IV, 13.

Digitized by Google

Sowohl in Lehrbüchern des Civil- und Prozeßrechts, als auch in Entscheidungen der Gerichte begegnen wir der stets wiederkehrenden Behauptung, daß die Retentionseinrede eine dilatorische Einrede sei, welche zwar nicht den Grund der Klage zerstöre, aber doch Abweisung derselben zur Zeit herbeiführe. Noch der neueste Bearbeiter des Retentionsrechts, G. Lenz[48]), bemerkt, über die Wirkung der Retentionseinrede: „Das Retentionsrecht ist nicht ein selbstständiges, weder persönliches noch dingliches Recht, kommt vielmehr rechtlich nur als Exception des Beklagten in einem gegen ihn angestrengten Prozeß wegen Restitution einer Sache in Betracht, welche vorgeschützt wird, nicht, um den Grund der Klage zu zerstören, sondern um die Abweisung zur Zeit herbeizuführen (*exceptio dilatoria*).

Sehen wir zunächst, welchen Einfluß diese Ansicht auf die praktische Behandlung unserer Einrede hat.

Sobald die Existenz einer, wenn auch noch so geringen Retentionsforderung feststeht, so ist Abweisung der Klage nothwendige Folge. Der Richter braucht die Retentionsansprüche der Existenz und Größe nach nicht vollständig feststellen zu lassen, es genügt, wenn die Existenz der Forderung nach irgend einer Richtung hin außer Zweifel ist. Um nun aber eine wirksame Klage von Neuem erheben zu können, muß der Kläger den Retentionsanspruch befriedigt, oder doch dem Beklagten ein deshalbiges Anerbieten gemacht haben. Dies aber ist dem Kläger unmöglich, wenn die Existenz und Größe der Gegenforderung in dem früheren Prozesse nicht nach allen Seiten hin festgestellt ist, und der böswillige Verklagte eine gütliche Berechnung fortwährend weigert, oder unbillige Forderungen macht, auf die der Kläger nicht eingehen kann, oder endlich der Kläger in die auf die Existenz und Größe der Gegenforderung sich beziehenden außergerichtlichen Angaben des Verklagten Zweifel setzt und lieber einen gerichtlichen Ausspruch über das, was er dem Beklagten

---

48) Im Rechtslexicon VIII, Heft 3.

Digitized by Google

zu leisten hat, herbeiführen will. Bei denjenigen Gegenansprüchen, welche durch Klage gesichert sind, ließe sich noch ein Zwang des Verklagten zur gerichtlichen Feststellung der Gegenforderung insofern denken, als der Kläger den Verklagten durch eine Provokation nöthigen könnte, seine Gegenforderung klagend zu verfolgen. Bei den durch Klagen nicht geschützten Gegenforderungen aber läßt sich, weil keine Klage existirt, auch ein derartiger Zwang zur Klage nicht denken. Der Kläger ist hier in der Lage, entweder auf jede Forderung des Verklagten einzugehen, oder seine im Besitz des Verklagten befindliche Sache für immer aufzugeben. Auf der anderen Seite kann es auch wesentlich im Interesse *des Verklagten* liegen, seine Gegenforderung gerichtlich festgestellt zu sehen, indem für ihn, dem an der retinirten Sache vielleicht wenig liegt und der sie gegen Tilgung der Retentionsforderung gern herausgiebt, hierin das beste Mittel liegt, um sich mit dem, seinen außergerichtlichen Anforderungen keinen Glauben schenkenden Kläger auseinanderzusetzen. Auch dieses Interesse des Verklagten wird bei practischer Durchführung seiner Ansicht gefährdet, denn die Klage wird ja zurückgewiesen, sobald nur die Existenz der Retentionsforderung in irgend einer Richtung feststeht, und von vollständiger Feststellung dieser Forderung in quali et quanto ist keine Rede, weil sie nach jener Ansicht allerdings überflüssig erscheint.

Hierzu kommt weiter, daß Vermehrung der Prozesse und daraus fließende Belastung der Partheien mit doppelten Prozeßkosten die nothwendigen Consequenzen jener Ansicht sind. Der auf Grund der Retentionseinrede zurückgewiesene Kläger muß nach erfolgter Bezahlung oder vergeblicher Oblation der Retentionsforderung die bereits früher erhobene Klage von Neuem erheben, der Richter muß über dasselbe Rechtsverhältniß zweimal entscheiden, und während im ersten Prozeß der Kläger in die Prozeßkosten verurtheilt wird, fallen letztere im zweiten Prozeß dem Beklagten zur Last.

Schon diese Mißverhältnisse, welche sich als Folgen jener Ansicht darstellen, müssen gegen dieselbe einnehmen. Von der

Digitized by Google

Unrichtigkeit derselben müssen wir aber überzeugt werden, wenn wir in Erwägung ziehen: daß das röm. Recht nirgends mit ausdrücklichen Worten unserer Einrede den Charakter einer dilatorischen im gewöhnlichen Sinne des Wortes und mit der ihr von den Neueren gegebenen Wirkung beigelegt hat, daß dasselbe vielmehr, wie wir darzulegen suchten, die Zurückweisung der Klage als unmittelbare, regelmäßige Wirkung der Retentionseinrede niemals gekannt hat, und daß endlich eine neuere, das röm. Recht abändernde, gemeinrechtliche Norm nicht existirt.

Hiernach müssen wir für das heutige praktische Recht diejenige Gestalt als maßgebend hinstellen, welche die Retentionseinrede in Hinsicht auf prozessualische Wirkung und Behandlung im justinianischen Recht angenommen hat, wobei dann selbstverständlich derjenige Einfluß, welchen der allgemeine Charakter des heutigen gemeinen Prozesses auch auf unsere Einrede übt, in gebührende Berücksichtigung gezogen werden muß.

Aus den nachfolgenden Sätzen werden sich Wirkung und Behandlung der Retentionseinrede im heutigen Recht ergeben.

I. Die Retentionseinrede muß, wie jede Exception, mit und in der Antwort auf die Klage vorgebracht und alsbald gehörig in factischer Hinsicht begründet werden; denn nach dem J. R. A. sollen alle Einreden alsbald bei der ersten Einlassung auf die Klage bei Strafe des Verlustes vorgeschützt werden. Die Ansicht von Bülow's[50]), welcher behauptet, es könne die Retentionseinrede noch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden, ist hiernach unrichtig. In der Executionsinstanz und überhaupt in jedem der Exceptionalhandlung nachfolgenden Stadium des Prozesses ist die Retentionseinrede nur aus dem Gesichtspunkte einer neu entstandenen Einrede oder auf Grund eines Restitutionsgesuches zuzulassen[51]). Als neu entstandene Einrede ist daher die

50) Abhandl. über einzelne Materien des röm. R. Bd. II, S. 218—220.
51) In einer von *Wernher*, Obs. Tom. I. Part. 1. Obs. 287 mitge-

Retentionseinrede auch nach der Einlassung, z. B. alsdann noch zulässig, wenn die Retentionsforderung erst im Laufe des Prozesses nach der Litiscontestation existirt oder fällig geworden ist.

II. Wird die Existenz oder die Größe der Retentionsforderung von dem Kläger ganz oder theilweise bestritten, so muß am Schluß des ersten Verfahrens der erforderliche Beweis auferlegt werden, und das endliche Erkenntniß darf der Regel nach nicht eher ertheilt werden, als bis die Beweisverhandlungen über den Retentionsanspruch beendigt sind. S. unten Nr. V.

III. Nur die dem Retentionsanspruch gegenüber vom Kläger alsbald im ersten Verfahren ausdrücklich abgegebene Erklärung, den Retentionsanspruch nicht befriedigen zu wollen, hat Zurückweisung der Klage zur Folge; wogegen die mangelnde Erklärung des Klägers, wie er bereit sei, dem Retentionsanspruch Genüge zu leisten — was im Falle der Kläger den Retentionsanspruch bestreitet, ohnehin nur eventuell erklärt werden könnte — niemals zur Zurückweisung der Klage führt.

IV. Der Regel nach bewirkt die Retentionseinrede, daß die Verurtheilung des Verklagten zur Leistung des eingeklagten Objects von der Bedingung abhängig gemacht wird, daß der Kläger seinerseits den Verklagten wegen der Retentionsforderung befriedige, daß also der Verklagte bedingungsweise, wie z. B. gegen Ersatz der Verwendungen, gegen Empfang des Kaufgelds, gegen Lieferung des verkauften Objects rc. zu der schuldigen Leistung verurtheilt wird.

Nur ausnahmsweise wird diese bedingte Verurtheilung durch unbedingte Condemnation, oder durch alsbaldige zeitweise Abweisung der Klage ersetzt. Unbedingte Verur-

theilten Entscheidung ist die Retentionseinrede „pro ratione circumstantiarum" noch in der Executionsinstanz zugelassen, indem es hier heißt: ...quod in ipsa executione sententiae pro ratione circumstantiarum jus retentionis propter expensas... exerceri possit, respondit Ordo noster 1721.

theilung tritt ein, wenn der Kläger nachzuweisen vermag, daß Verklagter mit seiner Leistung der Leistung des Klägers voranzugehen versprochen habe [52]), Abweisung der Klage erfolgt, wenn umgekehrt der Verklagte darthut, daß Kläger mit seiner Leistung der Erfüllung des Verklagten voranzugehen versprochen habe. Im ersteren Falle wird die Retentionseinrede des Verklagten durch die Replik beseitigt, daß er im Vertrage auf die Retention Verzicht geleistet habe. Im zweiten Falle ist von einer eigentlichen Retentionseinrede gar nicht die Rede, sondern von einer pluris petitio tempore, von der Darlegung, daß die Klage noch nicht nata, sondern zu früh erhoben sei, und nur deßhalb, weil hier die fehlende Nativität der Klage die natürliche Folge hat, daß der Verklagte seine Leistung factisch noch zurückbehält, gewinnt dieser Fall den Schein einer Retentionseinrede. Ganz ebenso ist es nicht die Wirkung einer Retentionseinrede, sondern die Folge der mangelnden Nativität der Klage, wenn der Pfandschuldner mit der actio pigneratitia directa um deswillen zur Zeit zurückgewiesen wird, weil er die Pfandschuld ganz oder theilweise noch nicht bezahlt hat. — Zweifelhafter ist die Entscheidung, wenn der mit der actio pigneratitia directa klagende Pfandschuldner zwar die Pfandschuld selbst, nicht aber andere chirographarische Schulden berichtigt hat, die er ebenfalls dem Pfandgläubiger schuldet, und nun der letztere auf Grund solcher Schuldposten mit Bezug auf C. un. etiam ob chirograph. pec. VIII 27 die Retention des Faustpfandes begehrt. Liegt hier eine eigentliche Retentionseinrede des Pfandgläubigers vor, welche zur bedingten Verurtheilung desselben führt, oder bewirkt die Existenz der anderweiten chirographarischen Schulden alsbaldige Abweisung der Klage zur Zeit? Das Obergericht zu Cassel hat in Sachen: Buschmann gegen Staatsanwalt in einem Erkenntniß vom Jahre 1854 auf Abweisung der Klage zur Zeit erkannt. Da aber die actio pigneratitia directa mit Bezahlung der Pfandschuld völlig begründet ist, und ferner in jener Con-

52) S. oben S. 406.

Digitized by Google

stitution das dem Pfandgläubiger eingeräumte Recht ausdrücklich als exceptio doli bezeichnet wird, und zwar in einer Weise, welche nicht undeutlich auf die bedingte Verurtheilung als Wirkung dieser Einrede hinweist, so muß man sich in jenem Falle für die bedingte Verurtheilung des Pfandgläubigers entscheiden.

Die bedingte Form der Verurtheilung finden wir schon in einer von *Wernher* Obs. Tom. II. P. VI. Obs. 337 mitgetheilten Entscheidung, in welcher gesagt wird, daß die (oben citirte) L. 13. §. 1. de act. emt. vend. (nondum est ex empto actio) nur den Verstand habe, quod non sit actio ratione efficaciae et effectus *exactionis*, und der verklagte Verkäufer anders nicht, als gegen Bezahlung des Kaufgelds *ad tradendum* condemnirt werden möge [53]). Aber auch der neueren Praxis ist jene Art der Verurtheilung in Folge der Retentionseinrede bekannt; so daß sich Bähr [54]) allgemein dahin erklärt, es pflege bei uns in den Fällen, wo der Verklagte nur gegen eine noch zurückstehende Gegenleistung zu leisten schuldig sei, dahin erkannt zu werden, „daß Verklagter gegen Leistung rc. zu zahlen schuldig sei". Einen Beleg für diese bedingte Verurtheilung bietet z. B. die bei Seuffert, Archiv rc. Bd. I. Nr. 50 mitgetheilte Entscheidung des O.-H.-Ger. zu Mannheim. Hier wurde ausgesprochen, daß der Cessionar, dessen außergerichtliche Anforderung von dem Schuldner mit der Erklärung zurückgewiesen sei, die cedirte Forderung sei durch Compensation mit einer Schuld des Cedenten bereits vor der Kundmachung der Cession getilgt gewesen, in Folge dieser Zurückweisung zur Zahlung des Cessionspreises oder des daran restirenden Betrags nur gegen Cautionsleistung angehalten werden könne.

53) Vergleiche auch die in der Note 51 citirte Entscheidung, wo es heißt: „Daß es bei dem Bescheid billig bleibet, jedoch mit dieser Erklärung, daß Beklagter aus dem libellirten Gut, ehe und bevor er wegen der darin gewandten Unkosten und Meliorationen, auch diesfalls habenden Forderungen, vergnüget, zu weichen und solches abzutretten nicht schuldig. V. R. W.

54) Die Anerkennung rc. S. 282. Note 9.

Ebenso enthält eine bedingte Verurtheilung die bei Seuffert Bd. IV Nr. 186 angeführte, vom O.-A.-Ger. zu Dresden genehmigte Entscheidung. Hier wurde der verklagte Käufer zur Zahlung des stipulirten Kaufgelds verurtheilt, „dafern Kläger das verkaufte Grundstück nebst dem mitverkauften Inventar dem Beklagten übergibt und das Civileigenthum daran verschafft“.

Zahlreiche Beispiele jener bedingten Verurtheilung finden wir auch endlich in der kurhessischen Praxis. So wurde vom O.-Ger. und O.-A.-Ger. zu Cassel ausgesprochen: „die auf Verwendungen, sowie auf die bewirkte Zahlung des Kaufpreises gestützte Retentionseinrede wider die Vindication eines außergerichtlich veräußerten Grundstücks hat im Fall der Begründung nur die Wirkung, daß der Besitzer zur Herausgabe der streitigen Immobilien nur gegen Ersatz seiner Verwendungen und Rückerstattung des von ihm Geleisteten anzuhalten steht; keineswegs wird aber dadurch ein Anspruch auf Zurückweisung der Klage bis nach Berichtigung der dem Kläger obliegenden Leistungen begründet[55])“.

Ferner wurde von dem O.-Ger. zu Cassel erkannt: „daß, was die Einrede der Retention betrifft, dem mit der Erbschaftsklage belangten Besitzer ein Anspruch auf Ersatz dessen, was er an dem Erblasser oder der Erbschaft zu fordern hat, zusteht, und eine Verpflichtung zur Herausgabe der Erbschaft nur gegen Erstattung dieser Forderungen begründet ist“[56]).

und in einer anderen Sache:

„daß dem, als gutgläubigen Besitzer der streitigen Erbschaft zu betrachtenden Beklagten zwar ein gesetzlich begründeter Anspruch darauf zusteht, den Betrag dessen, was er an die Erblasserin zu fordern hat, entweder an der herauszugebenden Erbschaft abzuziehn, oder, sofern eine Compensation nach Maaßgabe der

55) O. A. G. E. Clos C. Born. 17/10 1854. [3747].
56) O. G. E. Kotterich C. Fischer 1/4 1853.

Digitized by Google

Beschaffenheit der Erbschaftsobjecte nicht thunlich, seine Befriedigung durch Retention der letzteren zu sichern, die Geltendmachung dieses Anspruchs jedoch, welche die mit der Erbschaftsklage erstrebte Verurtheilung zur Herausgabe des betreffenden Nachlasses abzuwenden, oder doch Beschränkungen zu unterwerfen bezweckt, als eine der gedachten Klage entgegen zu setzende Einrede sich darstellt, und demgemäß nicht erst, in das auf die Verurtheilung folgende, die Feststellung des Erbschaftsbestandes, so wie die Realisirung seiner Verurtheilung bezweckende, sondern vielmehr in das erste, durch die erhobene Klage selbst eröffnete Verfahren gehört[57])". Durch die letzte Entscheidung wird zugleich die unter Nr. I. ausgesprochene Ansicht bestätigt, daß die Retentionseinrede alsbald in der Exceptionalhandlung vorgeschützt werden muß.

Insbesondere ist auch in den Fällen der zum Zweck der Retention vorgeschützten s. g. exceptio non adimpleti contractus bei zweiseitigen Verträgen die bedingte Verurtheilung gewählt worden, wenn, wie es die Regel ist, die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu geschehen haben. Es ist jedoch hier die bedingte Verurtheilung erst in neuerer Zeit allgemein geworden. Es hängt nämlich hier die Frage, ob in Folge der Retentionseinrede Zurückweisung der Klage zur Zeit oder Verurtheilung des Verklagten gegen Lieferung rc. eintreten müsse, mit der Ansicht der Praxis über die Natur der zweiseitigen Verträge, über das Wesen der exceptio non adimpleti contractus, und insbesondere über die zur Begründung der Klage aus zweiseitigen Verträgen gehörenden Erfordernisse ganz wesentlich zusammen. Man hielt früherhin zur Begründung der Klage aus einem zweiseitigen Vertrage die Behauptung für erforderlich, daß der Kläger seinerseits den Vertrag vollständig erfüllt, oder doch seine Leistung vollständig reell offerirt habe, und erhob dadurch die Consensualverträge fast zu eigentlichen Realcontracten. Wenn nun der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützte, so

57) D. G. E. Klenau C. Hornschuh 1854.

leugnete er damit einen Theil der Klage, und wenn dann der Kläger die Erfüllung nicht erweisen konnte, so war es eine Consequenz aus jener Ansicht, daß die Klage, welche sich als nicht gehörig begründet herausgestellt hatte, wie angebracht abgewiesen wurde.

In neuerer Zeit hat man aber, und zwar, wie es scheint, unter dem Einfluß der von Heerwart im Archiv für civ. Pr. VII, XVIII und XXIII gelieferten Ausführungen über die exceptio non adimpleti contractus — jene Ansicht über die Klagbegründung verlassen, und es nunmehr für genügend erachtet, wenn der Kläger sich zur eignen Leistung in der Klage bereit erkläre. Hiermit steht dann in Verbindung, daß jetzt in allen den Fällen, in welchen in der Klage schon angeführt ist, daß der Kläger selbst noch nicht geleistet habe, aber zur Leistung bei Erfüllung der Obligation durch den Verklagten bereit sei, der Verklagte zur schuldigen Leistung gegen Empfang des vom Kläger Geschuldeten verurtheilt wird. Es ist aber dann nicht sowohl die vom Verklagten vorgeschützte Einrede des nicht erfüllten Vertrags, als vielmehr die eigne Darstellung des Klägers in der Klage, welche jene bedingte Verurtheilung bewirkt, und auch, wenn der Verklagte sich gar nicht auf die Klage erklärte, würde dieselbe eintreten.

Uns will es scheinen, als sei auch jene neuere Ansicht über die Klagbegründung noch nicht die richtige. Man könnte zunächst die ausdrückliche Bereiterklärung des Klägers in Uebereinstimmung mit der bei Seuffert III, Nr. 201 angeführten Entscheidung des O.-A.-Ger. zu Dresden aus dem Grunde für überflüssig erklären, weil der Kläger durch Anstellung der Klage aus einem zweiseitigen Vertrage stillschweigend anerkenne, daß er seinerseits verpflichtet sei, gleichzeitig mit dem Verklagten zu leisten.

Was aber entschieden gegen jene Ansicht spricht, ist Folgendes:

Die zweiseitigen Verträge, wie der Kaufcontract, sind reine Consensualverträge, die mit erklärtem Consens der Contrahenten über die wesentlichen Momente des Vertrags perfect und klagbar

Digitized by Google

werden. Es sind daher die Klagen aus diesen Verträgen völlig begründet von der Zeit der Perfektion an, und jeder Theil kann sie sofort mit diesem Momente anstellen, ohne sich auf etwas Weiteres, als auf den Abschluß des Vertrags berufen zu müssen; weßhalb auch die Verjährung der beiderseitigen Klagen schon mit Perfection des Vertrags beginnt[58]).

Die beiderseitigen Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen sind ferner selbstständige Obligationen, die nur dadurch in Beziehung zu einander stehen, daß der eine Contrahent seine eigne Verbindlichkeit nur mit Rücksicht auf die des anderen übernimmt. Dies wird bewiesen durch den Sprachgebrauch der Römer, die Kauf und Miethe nicht durch einen, beide Obligationen umfassenden Gesammtausdruck, sondern durch die beiden, die Selbstständigkeit beider Verbindlichkeiten repräsentirenden, getrennt neben einander gestellten Worte: emtio venditio, locatio conductio zu bezeichnen pflegen, ferner durch den Umstand, daß bei zweiseitigen Verträgen unter Umständen nur die Verbindlichkeit des einen Contrahenten gesetzlich anerkannt, die des anderen aber geläugnet wird[59]) und endlich durch die exceptio non adimpleti contractus, welche, wie aus den oben[60]) citirten Stellen hervorgeht, im römischen Rechte eine eigentliche *exceptio* war.

Hiernach kann zur Begründung der Klage nichts weiter erfordert werden, als die Darlegung der Perfection des Vertrags[61]).

---

58) Savigny V, S. 289 ff.

59) pr. J. de tut. auct. 1, 21: Unde in his casibus, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus venditionibus, locationibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, *ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur* — at invicem *pupilli non obligantur*. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 69 ff.

60) S. 380 und Note 12.

61) Vgl. das Erk. des O. A. G. zu Wolfenbüttel bei Seuffert IX. Nr. 333, wo es heißt:

„Der Kläger hat aus einem Verkaufs-Contracte, mithin aus einem Consensual-Contrakte, bei dem die wechselseitige Verbindlichkeit der

Digitized by Google

Sache des Verklagten ist es, einredeweise darauf aufmerksam zu machen, daß der Kläger selbst seine Obliegenheit noch nicht erfüllt habe. Die positive factische Grundlage seiner Einrede muß dann der Verklagte, wie bei jeder Exception, auch beweisen; er muß also darthun, daß ihm eine Gegenforderung gegen den Kläger zustehe, es bedarf aber hierzu eines besonderen Beweises deßhalb nicht, weil der Kläger durch seine eigne Klage aus dem gegenseitigen Vertrage zugestanden hat, daß der Verklagte ursprünglich eine Gegenforderung gehabt habe. Der Kläger wird nun die Einrede entweder einräumen, oder er wird die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, also die Tilgung des Gegenanspruchs, behaupten, oder er wird endlich die Existenz seiner eignen Verbindlichkeit bestreiten, indem er sich z. B. auf ein pactum de non petendo, oder auf Rechtsgründe beruft, welche seine Verbindlichkeit als erloschen oder als von Anfang nicht vorhanden hinstellen. Während in den letztgedachten Fällen entweder unbedingte Verurtheilung, oder alsbaldige Zurückweisung der Klage eintreten muß [62]), so führt die Einrede im ersteren Falle, wo Kläger dieselbe einräumt, ohne sich auf Erfüllung zu berufen, zur bedingten Verurtheilung des Verklagten, gleich wie sie auch im röm. Rechte früher zu der bedingten Weisung an den Verklagten, und später zur bedingten Fassung des Endurtheils führte. Eine Bereiterklärung des Klägers ist auch hier zu Begründung des Klaganspruchs weder alsbald in der Klage, noch überhaupt vor dem Urtheil erforderlich, sie wird, wie im röm. Recht, erst später, nämlich nach dem Urtheil erheblich.

Wenn nun aber auch die Frage, ob Kläger seine Obliegenheit erfüllt oder sie vor der Klage angeboten habe, bei Prüfung der

---

Contrahenten schon durch die bloße Einwilligung, und nicht, wie bei Real-Verträgen, aus der Erfüllung entsteht, geklagt. Zur Begründung dieser Klage war also das Erwähnen der wechselseitigen Einwilligung ... hinreichend, und es bedurfte des Anführens: daß Kläger seinerseits den Contract erfüllt habe, nicht".

62) Vgl. Note 41, 42 und 59.

Klagbegründung irrelevant erscheint, so kommt sie doch in einer andern Richtung wesentlich in Betracht.

Um überhaupt die Hülfe des Gerichts in Anspruch nehmen zu können, muß der Verklagte dem klägerischen Rechte in einer Weise entgegengehandelt haben, welche den Anspruch auf Hülfe des Staates zu rechtfertigen vermag. Dies hat eine doppelte Bedeutung. Einmal wird sich der Richter nicht veranlaßt fühlen, die erhobene Klage dem Verklagten zur Erklärung mitzutheilen, wenn nicht in derselben ein die Betretung des Rechtswegs rechtfertigendes Verhalten behauptet ist, und sodann können dem Beklagten, falls ein solches Verhalten seinerseits nicht vorliegt, die Kosten des Prozesses, in die er sonst verurtheilt wird, nicht zur Last fallen.

Um die richterliche Thätigkeit zu veranlassen, genügt auch in der Klage aus einem zweiseitigen Vertrage schon die allgemeine Behauptung, daß der Verklagte geschehener Aufforderung unerachtet nicht geleistet habe.

Um dagegen den Verklagten in die Prozeßkosten verurtheilen zu können, muß der Kläger unter Umständen darlegen und erweisen, daß er bei der Anmahnung des Verklagten seine eigne Leistung angeboten oder erfüllt habe.

Ob aber diese Darlegung überhaupt erforderlich ist, hängt von der Vertheidigungsweise des Verklagten ab, und es kann deßhalb jene Darlegung für einen nothwendigen Bestandtheil der Klage nicht erachtet werden. Wenn der Verklagte neben der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch seine Verbindlichkeit aus dem der Klage zu Grunde liegenden Vertrage bestreitet, so kommt darauf, ob Kläger den Verklagten gehörig gemahnt, ob er seinerseits bei der Mahnung geleistet oder seine Leistung offerirt habe, um deswillen gar nichts an, weil der Verklagte selbst zu erkennen gibt, daß er auch bei gehöriger Mahnung seiner Obliegenheit nicht nachgekommen sein würde. Der Verklagte wird hier, mag der Kläger gehörig gemahnt haben oder nicht, und ohne daß hierüber noch Beweisverhandlungen gepflogen werden, in die Prozeßkosten verurtheilt. Anders

Digitized by Google

ist es in dem Falle, wo der Verklagte, ohne die eigne Verbindlichkeit zu bestreiten, lediglich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützt und dabei erklärt, daß er sich niemals geweigert habe, gegen Empfang der klägerischen Leistung dem Klaganspruch zu genügen. Beruft sich hier der Kläger lediglich darauf, daß er seinerseits bereits vor der Klage geleistet, daß ihm der Verklagte seine Verbindlichkeit vertragsmäßig erlassen; oder daß er einen Compensationsanspruch habe, so kommt es wieder, für den Fall der Kläger dießfallsigen Beweis erbringt, auf eine vor der Klage erfolgte Mahnung aus dem Grunde nicht an, weil der Verklagte durch Vorschützung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erkennen gegeben hat, daß er auf die einfache Anmahnung des Klägers nicht geleistet haben würde, sondern nur gegen Empfang der bereits erhaltenen, erlassenen oder durch Compensation getilgten Gegenleistung. — Erkennt aber endlich der Kläger in der Replick an, daß seine eigne Leistung noch zurückstehe, so hat er nunmehr, wenn er Verurtheilung des Verklagten in die Prozeßkosten erwirken will, die allgemeine Behauptung der Klage, daß Verklagter geschehener Aufforderung unerachtet nicht geleistet habe, in der Replick näher dahin zu erläutern, daß er bei dieser Aufforderung dem Verklagten seine eigne Leistung vergeblich offerirt habe. Gelingt es demnächst dem Kläger, diese seine Behauptung zu erweisen, so wird Verklagter in die Prozeßkosten verurtheilt; gelingt es ihm nicht, oder hat er alsbald eingeräumt, daß er seine eigne Leistung bei der Mahnung nicht angeboten habe, so ist die Folge davon nach konstanter Praxis der hessischen Gerichte nicht etwa Abweisung der Klage, sondern nur Verurtheilung des **Klägers** in die Prozeßkosten.

Hiernach kann dann die alsbaldige Darlegung in **der Klage**, daß man seinerseits erfüllt oder offerirt habe, ebenso wenig zu Begründung des **Klaganspruchs** selbst, als zu Rechtfertigung des Anrufens richterlicher Hülfe und der Bitte um Verurtheilung des Beklagten in die Prozeßkosten für erforderlich gehalten werden.

Digitized by Google

Mit Recht nimmt dagegen die kurhessische Praxis an, daß, um aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäft im Executivprozesse zu klagen, alsbald mit der Klage die Erfüllung des Vertrags Erstens des Klägers oder ein derselben gleichstehender Umstand behauptet und nachgewiesen werden müsse. Eine bedingte Verurtheilung, wie sie in Folge der Retentionseinrede eintritt, würde zum Zweck und Wesen des Executivprozesses wenig stimmen, und darum muß die Retentionseinrede alsbald in der Klage durch anticipirte Replik beseitigt werden [63].

V. Ist die Existenz der Gegenforderung vom Kläger nachgegeben, dagegen die Größe derselben bestritten, so muß auch letztere, bevor das bedingte Endurtheil ertheilt wird, der Regel nach vollständig festgestellt werden. Dies muß vor Allem in dem Falle geschehen, wo der Verklagte das klägerische Recht nicht bestreitet, vielmehr nur über die Größe der Retentionsforderung Streit unter den Partheien herrscht, und nur dieser Streit die gütliche Befriedigung des Klägers verhindert hat. Hier hängt die Frage, ob und inwieweit der Verklagte in die Prozeßkosten verurtheilt werden muß, lediglich davon ab, ob und inwieweit derselbe mit seiner Retentionsforderung durchdringt, und da das Erkenntniß über die Prozeßkosten mit dem endlichen Erkenntnisse in der Hauptsache zu verbinden ist, so muß vor Ertheilung des letzteren die Größe der Retentionsforderung völlig feststehn, es muß dieselbe in dem Erkenntnisse ausgedrückt werden, und es darf die Ermittelung der Größe der Forderung einem nachträglichen Liquidationsverfahren nicht vorbehalten werden. Nur ausnahmsweise darf letzteres geschehen, der Verklagte also zur eingeklagten Leistung gegen Befriedigung des Retentionsanspruchs, z. B. gegen Ersatz von Verwendungen, vorbehaltlich der Liquidation verurtheilt werden, wenn der Kostenpunkt von Feststellung der Höhe der Retentionsforderung nicht abhängig ist, durch letztere ferner die Ertheilung des End-

63) Strippelmann, Neue Sammlung ꝛc. VI. S. 651 ff. Pachtprozeßordnung vom 14. August 1818. §. 2.

Digitized by Google

urtheils nicht unbedeutend verzögert werden würde; und endlich zu erwarten steht, daß sich die Partheien nach Ertheilung des Erkenntnisses über die Größe der Retentionsforderung gütlich einigen würden.

VI. Ist das Recht des Klägers liquid oder doch voraussichtlich schnell liquid zu stellen, die Retentionsforderung aber der Existenz und Größe, oder doch der Größe nach bestritten, so kann unter der Voraussetzung, daß die Liquidstellung der Retentionsforderung einen nicht unerheblichen Zeitaufwand erfordern würde, auf Antrag und deßhalbige Bereiterklärung des Klägers als Bedingung, unter welcher die Verurtheilung des Verklagten erfolgt, die Leistung einer näher zu bestimmenden Caution zur Sicherheit der Retentionsforderung im Endurtheil ausgesprochen werden. Eine solche Caution ist auch alsdann nach dem Endurtheil noch zulässig, wenn der Verklagte zur eingeklagten Leistung gegen Befriedigung des Retentionsanspruchs schuldig erkannt, die Feststellung der letzteren aber einem besondern Liquidationsverfahren vorbehalten ist, vorausgesetzt, daß auch hier die Liquidation voraussichtlich ein längeres Verfahren veranlaßt. In beiden Fällen entscheidet über Zulässigkeit der Caution ein vorsichtiges Ermessen des Richters. Im Anschluß an mehrere, in den Quellen des röm. Rechts über derartige Cautionen enthaltene Andeutungen[64]) hat sich die ältere Praxis für Zulässigkeit der Caution in den gedachten Fällen entschieden ausgesprochen[65]).

---

64) Fr. 21 §. 3. fr. 26 de aedil. edict. et redh. 21, 1.

65) Cf. *Wernher* Obs. Tom. I. P. I. obs. 287. Plane judicis arbitrium hic non excluditur, ut aestimet, utrum expensae illae ad liquidum facile perduci queant, an probatio eorum altiorem indaginem requirat, ita ut hoc casu cautionem a locatore oblatam admittere possit. Neque vero propterea statim haec exceptio in altiori indagine consistere censenda est, quod eidem se opponit et contradicit adversarius, sumtusque factos esse negat. Sed ultro citroque argumenta a judice ponderanda, atque adeo praecedente causae cognitione demum ab eo decernendum, utrum exceptio objecta altioris

VII. In Gemäßheit des bedingten Erkenntnisses wird nun hiernächst nicht eher zur Vollziehung desselben geschritten, als bis der Kläger die Erfüllung der Bedingung oder einen jener gleichstehenden Umstand nachgewiesen hat. Gleichwie im römischen Rechte früherhin die Ertheilung des Endurtheils als Basis der Execution und in späterer Zeit die actio judicati von vorgängiger Befriedigung der Retentionsforderung oder vergeblicher Oblation derselben dergestalt abhängig war, daß auf Antrag des Beklagten, im Falle beides nicht geschehen, früher die ursprüngliche Klage, später die actio judicati zurückgewiesen wurde, so muß im heutigen Rechte, wo der Regel nach die actio judicati nicht mehr practisch ist, ein Gleiches von dem die Einleitung der Hülfsvollstreckung bezweckenden Antrage des Klägers gelten. In dem Paritorialgesuche muß der Kläger darlegen, daß er die Retentionsleistung erfüllt oder vergeblich offerirt, bezw. daß er die ihm auferlegte Caution geleistet habe. Auf dieses Gesuch hin wird dem Verklagten aufgegeben, innerhalb bestimmter Frist dem Endurtheil nachzukommen. Hat nun der Kläger in der That nichts zur Erfüllung der im Endurtheil enthaltenen Bedingung gethan, so muß der Verklagte innerhalb der bestimmten Frist unter dem Anführen, daß die betreffenden Angaben des Paritorialgesuchs unwahr seien, das Paritorialdecret als erschlichen anfechten. In Folge dessen wird dem Kläger der Beweis seiner Angaben auferlegt, und im Fall derselbe nicht erbracht wird, das Paritorialdecret als er-

---

indaginis sit necne. Mev. Dec. II, 166 et 167: Quando vel causae retinendi, vel debitum, cujus gratia retentio arrogatur, illiquida sunt, iniquum habetur, sub eo obtentu jus alterius liquidum suspendi, sed medio res curatur, ut nec petitor re sua careat, nec detentor eo, quod competit ejusve securitate privetur. A cautione remedium petitur, et ex illa retinenti consulitur, ut de isto securus sit, petenti, ut rem habeat. Non tamen ad nudam petitoris ablationem eo judex descendere potest, sed prius qualitatem atque veritatem requisitorum indagabit, super iis cognoscet atque statuet. . . .

Digitized by Google

schlichen zurückgezogen und das Paritorialgesuch als unbegründet zurückgewiesen.

VIII. Wenn der Klaggegenstand im Laufe des Prozesses oder nach dem Urtheil in einer Weise zu Grunde geht, welche die Haftverbindlichkeit des Beklagten für den Werth bestehen läßt, oder wenn der Verklagte neben Verurtheilung in der Hauptsache auch zum Ersatz von Früchten oder Schäden schuldig erkannt wird, so kann unter der Voraussetzung, daß in beiden Fällen der Retentionsanspruch in einer Geldforderung besteht, auch im heutigen Rechte die Retentionseinrede in eine Compensationseinrede sich verwandeln. Insbesondere kann der Kläger, wenn der Verklagte zum Ersatz von Früchten oder Schäden verurtheilt ist, in dem Paritorialgesuche diese Ersatzforderung liquidiren und alsdann mit derselben die geschuldete Retentionsforderung ganz oder theilweise compensiren, dadurch aber die völlige oder theilweise Erfüllung der Bedingung des Urtheils nachweisen.

Wir schließen unsere Betrachtung mit dem Bemerken, daß nach den gelieferten Ausführungen der Retentionseinrede der Charakter einer dilatorischen Einrede im gewöhnlichen Sinne des Worts mit Unrecht beigelegt wird, und daß die Bezeichnung der Einrede als einer dilatorischen nur alsdann richtig ist, wenn man die aufschiebende Wirkung derselben nicht auf die Klage, sondern auf die Execution bezieht.

Digitized by Google

XVIII.

Beitrag zur Lehre von der Nothwehr.

Von

Herrn **L. Hallwachs**, Staatsanwaltsubstitut in Darmstadt.

Am Abend des 10. April 1853 wurde Martin Schmelcher von Ilvesheim im Großherzogthum Baden in einer Gasse des genannten Ortes getödtet gefunden. Ein den Knorpel der vierten Rippe und den Herzbeutel durchdringender, in der rechten Herzkammer eindringender Stich mit einer sog. Schusterkneipe hatte seinem Leben rasch ein Ende gemacht. Der Urheber dieses Verbrechens war Michael Mechler, der als Schuhmachergeselle bisher in Ilvesheim gearbeitet hatte und alsbald nach der That in seinen Heimathsort Waldmichelbach floh. Mechler hatte, wie es scheint, über ein Darlehn von ein Paar Kreuzern, welches er dem Taglöhner Philipp Kreuzer von Ilvesheim gemacht hatte, Mißhelligkeiten mit demselben bekommen. Wie Mechler behauptete, hatte ihm Kreuzer wiederholt aufgepaßt und Drohungen gegen ihn ausgestoßen. Eine deßfallsige Anzeige bei dem Amtmann hatte eine ernstliche Verwarung des als streitsüchtig bekannten Kreuzer zur Folge, der übrigens die Anzeige M's als unwahr in Abrede stellte und gegen diesen durch die amtliche Verwarung nur noch gereizter geworden zu sein scheint. Er stiftete, wie die geführte Untersuchung als höchst wahrscheinlich ermittelte, den

Digitized by Google

Maurergesellen Johann Kreuzer und den Martin Schmelcher an, dem M. Abends aufzupassen und ihn zu schlagen. Am Abend der That waren Philipp Kreuzer und seine genannten Genossen mit einem Bekannten M's. zusammengetroffen und hatte Philipp Kreuzer diesem in unzweideutiger Beziehung auf M. zugerufen: „Heute Abend gibts noch!" M. war hiervon durch seine Bekannten benachrichtigt und ausdrücklich verwarnt worden, diesen Abend gar nicht oder doch nicht ohne Begleitung seines Meisters auszugehen. M., der Gefahr trotz bietend, erzählte das Vernommene seinem Meister und ging in dessen Begleitung in die Wirthschaft zum Kreuz, um ein Glas Bier zu trinken. Vor seinem Weggehen steckte er eine Schusterkneipe zu sich, ein scharfes Messer von einem Fuß Länge, oben an der Spitze etwas gebogen. Beim Heraustreten auf die Straße gewahrten sie alsbald zwei Bursche, die, als sie ihrer ansichtig wurden, fortliefen und einen Nebenweg einschlugen, von welchem aus sie den Mechler und seinen Meister auf ihrem Gang in das Wirthshaus kreuzen konnten. Diese hatten in ihrem weiteren Fortgange kaum die Straße betreten, auf welche auch jener Nebenweg einmündete, als zwei Mannspersonen an ihnen vorbeikamen, von welchen die eine ruhig an ihnen vorüberging, die andere aber, ohne ein Wort zu sprechen, sich plötzlich gegen M. wandte und auf ihn drein schlug, wobei M. in unbedeutender Weise an Kopf und Hand verletzt wurde. Dieser zog sofort seine Schusterkneipe aus der Tasche, und hieb mit derselben auf den Schlagenden los, den er irrthümlicher Weise für Philipp Kreuzer hielt. Es war in Wirklichkeit Schmelcher, der, von der scharfen Waffe M's. tödtlich getroffen, unter dem Rufe: „ich bin gestochen"! noch eine Strecke weit fortlief und dann plötzlich todt zusammenstürzte.

Der Fall, wie er im Bisherigen in kurzen Zügen seinem hier wesentlichen Inhalte nach dargestellt worden ist, kam vor dem Schwurgerichte in Darmstadt zur Verhandlung.

Die erste Frage, welche den Geschworenen vorgelegt wurde, ging auf Körperverletzung mit tödtlichem Erfolg, ohne Vorbedacht, in der unbestimmten Absicht zu tödten oder am Körper

Digitized by Google

zu verletzen. Die Antwort, von einem Rechtskundigen als erwähltem Obmanne verkündigt, lautete bejahend, verneinte jedoch durchaus die Absicht zu tödten.

Ich lasse es dahin gestellt, ob und inwieweit nach dem Ergebnisse der Verhandlungen dieser beschränkende Ausspruch von dem Standpunkte einer durch äußere persönliche Eindrücke unbeirrten Kritik angefochten werden könne und wende mich sofort zu der mir hier allein relevanten Zusatzfrage. Sie war auf die Nothwehr gerichtet.

Unser hessisches Strafgesetzbuch enthält nun in seinem Artikel 46 folgende Bestimmung:

„In folgenden Fällen darf gegen einen begonnenen oder eben bevorstehenden rechtswidrigen Angriff, welcher unter den Umständen unter denen er erfolgt, durch obrigkeitliche Hülfe nicht abgewendet werden kann, Selbstvertheidigung durch Privatgewalt stattfinden, nämlich:

1) gegen alle gewaltthätigen, mit Gefahr für Leben, Gesundheit rc. verbundenen, auf die Person selbst gerichteten Angriffe". rc. rc.

Artikel 47 lautet wörtlich:

„Die in solcher rechten Nothwehr (Art. 46) geschehene Mißhandlung, Verwundung oder Tödtung des Angreifers ist straflos, wenn dabei die gesetzlichen Grenzen (Art. 48 u. 49) nicht überschritten worden sind".

Diese in dem Art. 47 ausdrücklich angezogenen Art. 48 u. 49 lauten nun dahin:

„Die gewaltsame Privatvertheidigung ist nicht straflos, wenn Zeit und Gelegenheit zu anderen, dem Angegriffenen nicht unbekannt gewesenen Mitteln vorhanden waren, durch welche derselbe, ohne alle andere Gefahr, sich dem Angriffe entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit bringen oder sonst die Absicht des Angreifers vereiteln konnte". —

„Bei eingetretener Nothwendigkeit einer gewaltsamen Privatvertheidigung darf diese nicht weiter ausgeübt und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht werden, als unter den vorhandenen Umständen zur Abwendung der Gefahr nothwendig oder thunlich war".

Werden, den Bestimmungen des Art. 48 und 49 zuwider, von dem Angegriffenen die Grenzen der im Art. 46 definirten rechten Nothwehr überschritten, dann tritt der Artikel 52 des

Digitized by Google

St.G.B. ein, der die schuldhafte Ueberschreitung mit Gefängniß oder Geldbuße, in besonders schweren Fällen aber mit Correctionshaus bis zu sechs Monaten bestraft wissen will;

> es wäre dann — so fügt dieser Artikel hinzu — aus allen Umständen mit Gewißheit zu entnehmen, daß die Grenzen der Nothwehr vorsätzlich überschritten worden sind, als in welchem Falle die gesetzliche Strafe des dadurch verübten Verbrechens eintritt.

In Gemäßheit dieser Artikel beabsichtigte nun der Präsident des Schwurgerichtes folgende Zusatzfrage an die Geschworenen zu richten:

> Ist es erwiesen, daß die in der ersten Frage erwähnte That als Selbstvertheidigung gegen einen begonnenen oder eben bevorstehenden rechtswidrigen, gewaltthätigen, mit Gefahr für Leben oder Gesundheit verbundenen, auf die Person des Angeklagten selbst gerichteten Angriff erscheint, welcher unter den Umständen, unter denen er erfolgte, durch obrigkeitliche Hülfe nicht abgewendet werden konnte; — und daß nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen dem Angeklagten nicht unbekannt gewesenen Mitteln vorhanden waren, durch welche er ohne alle andere Gefahr sich dem Angriff entziehen konnte?

Dieser einen Zusatzfrage war die weitere besondere Frage für den Fall der Bejahung der eben mitgetheilten hinzugefügt:

> Ist es erwiesen, daß die Vertheidigung des Angeklagten nicht weiter ausgeübt und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel von ihm gebraucht worden ist, als unter den vorhandenen Umständen zur Abwendung der Gefahr nothwendig oder thunlich war?

Der Vertheidiger, für seinen Clienten aus der in der ersten Zusatzfrage enthaltenen Mischung der Bestimmungen über die rechte Nothwehr und die schuldhafte Ueberschreitung ihrer Grenzen Nachtheil befürchtend, opponirte sich dieser Fragestellung und beantragte, entweder den Zusatz „und daß nicht Zeit" ꝛc. zum Inhalte einer besonderen Frage zu machen oder denselben mit der zweiten Zusatzfrage zu vereinigen.

Digitized by Google

Der Assisenhof verwarf diesen Antrag jedoch, von der Ansicht ausgehend, daß die in Art. 48 und 49 des StGB. gegebenen negativen Voraussetzungen als wesentlich für die Annahme des Zustandes der rechten Nothwehr anzusehen seien, daß in der vorliegenden Fragestellung bezüglich des nach Art. 49 d. StGB. verlangten Erfordernisses in Gemäßheit des Art. 168 des Assisengesetzes[1]) deßhalb eine besondere Frage habe gestellt werden müssen, weil nach Art. 52 d. StGB. in den dort vorgesehenen Fälle dem Richter geboten sei, die Strafe unter den regelmäßigen geringsten Grad herabzusetzen, was bezüglich des im Art. 48 d. StGB. vorgesehenen Momentes nicht der Fall sei, weshalb dieser in die allgemeine Frage wegen Nothwehr habe aufgenommen werden müssen.

Die Fragen wurden hierauf in der Fassung, wie sie ursprünglich von dem Präsidenten beabsichtigt waren, gestellt und von den Geschworenen die erste Zusatzfrage dahin beantwortet:

„Die in der gestellten Frage enthaltenen Thatsachen werden als erwiesen betrachtet; es ist aber nicht erwiesen, daß der Angeschuldigte nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen, demselben nicht unbekannt gewesenen Mitteln gehabt habe, durch welche er ohne alle andere Gefahr sich dem Angriffe entziehen konnte“;

Die Antwort auf die zweite Zusatzfrage lautete:

„Ja, die in der gestellten Frage enthaltenen Thatsachen sind als erwiesen zu betrachten“.

Da, nach der Ansicht des Präsidenten, dieser Ausspruch undeutlich und den Gesetzen nicht entsprechend gefaßt war, so wurden von ihm die Geschworenen abermals in ihr Berathungszimmer zurückgesandt und gaben hierauf ihrer Antwort zur ersten Zusatzfrage den Zusatz: „Der Angeklagte ist hiernach schuldig“.

1) Art. 168 des Ges. v. 28. Okt. 48. „Wenn in den Verhandlungen zur Entschuldigung des Angeklagten Thatumstände zur Sprache gekommen sind, wegen deren dem Richter geboten und nicht blos gestattet ist, die Strafe unter den regelmäßigen geringsten Strafgrad herabzusetzen, so stellt der Präsident eine Frage dahin: „ob diese Thatsache erwiesen sei?“

Digitized by Google

Der Assisenhof, in seinem hierauf ergehenden Urtheile, nahm die Frage der rechten Nothwehr als von den Geschworenen verneint an, und erkannte gegen Mechler unter mindernder Berücksichtigung seines Affectzustandes und der mangelnden Erkenntniß der Gefährlichkeit seiner Handlungsweise, wegen Körperverletzung mit tödlichem Erfolge, ohne Vorbedacht, eine Correctionshausstrafe von sechs Monaten.

Dieses Erkenntniß wurde von dem Generalstaatsprocurator am höchsten Gerichtshofe im Interesse des Gesetzes mit dem Rechtsmittel der Cassation angefochten und auch wirklich (im Interesse des Ges.) cassirt [2]).

Eine nähere Erörterung des Falles in dieser Richtung soll hier unterbleiben; indessen werfen sich die hiervon unabhängigen Fragen auf:

1) Befand sich Mechler nach den Bestimmungen unseres StGB. wirklich in Nothwehr?

2) Hat er nicht mindestens die Grenzen der rechten Nothwehr vorsätzlich überschritten?

Welche in Nachfolgendem ausführlich beantwortet werden sollen.

Der bereits oben seinem wesentlichen Inhalte nach mitgetheilte Art. 46 unseres StGB. erklärt es als eine Voraussetzung der rechten Nothwehr, daß der Angriff unter den Umständen, unter denen er erfolgte, durch obrigkeitliche Hülfe nicht abgewendet werden könne. War der Angriff in unserem Falle ein solcher? Mechler war von dem ihm bevorstehenden Ueberfall zum Voraus unterrichtet, und erwartete ihn so fest, daß er sich zu seiner Abwehr mit der tödtlichen Waffe versah. Er fand überdies die ihm gewordene Ankündigung bei seinem Heraustreten auf die Straße bestätigt; seine Gegner warteten auf ihn. Wenn nun unser Strafgesetzbuch mit Recht in der mangelnden Möglichkeit obrigkeitlicher Hülfe den Rechtsgrund der Nothwehr findet, so ist der Zweifel gewiß ein sehr begründeter,

2) Das Nähere s. bei Emmerling: Sammlung der Entscheidungen des Gr. Hess. Cassationshofs rc. Jahrg. 1833. Urtheile in Strafsachen aus dem J. 1833. S. 158 ff. Die Red.

Digitized by Google

ob die Rechte der Nothwehr auch dem gestattet werden sollen, denn, wie man im gewöhnlichen Leben sagt, der Schutz des Staates nicht auf dem Präsentirteller dargebracht worden ist, oder ob nicht vielmehr der Staat verlangen kann und verlangen muß, daß seine Hülfe, ehe man zur Eigenmacht schreitet, angerufen werde, wenn sie angerufen werden kann.

Daß nun aber in dem vorliegenden Falle ein Anrufen der Obrigkeit, noch ehe der Angriff erfolgt war, möglich war, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Man hatte nur einfach die Ortspolizeibehörde zu benachrichtigen. Diese Mühe freilich will man von vielen Seiten dem mit einem Angriffe ernstlich Bedrohten nicht aufbürden, obwohl Niemand dagegen Etwas zu erinnern findet, daß man sonst dem in seinen Privatrechten Bedrohten oder Gekränkten ganz andere Mühen und Lasten zur Wahrung seiner Rechte aufbürdet, wiewohl hier mindestens das Leben der Staatsangehörigen nicht in Frage steht. Ueberdies sind das nur allgemeine, in unserem Falle Nichts entscheidende Räsonnements. Für uns kommt nur Art. 46 unseres Strafgesetzbuchs in Betracht und es dürfte gewiß weder dem Wortlaute, noch dem Geiste dieses Artikels entsprechen, die mangelnde Möglichkeit obrigkeitlicher Hülfe zwar als Voraussetzung der Nothwehr zu betrachten, aber keinerlei Verpflichtung anzuerkennen, dieselbe anzurufen.

Die Frage: ob Mechler in Nothwehr gehandelt habe, ist aber ferner auch auf Grund des Art. 52 d. StGB. zu verneinen, insofern es keinem Zweifel unterliegen dürfte, daß er die im Art. 48 gezogene Grenze der Nothwehr vorsätzlich (im Sinne des Art. 52) überschritten habe. Im Sinne des Art. 52. Denn die Bedeutung des Wortes „vorsätzlich“ ist in diesem Artikel im Gegensatz von „schuldhaft“ eine ganz eigenthümliche. Man hat sich hier augenscheinlich vor zweierlei Irrthümern zu hüten. Man könnte sich einmal bei einer oberflächlichen Betrachtung des Art. 52 leicht zu der Ansicht verleiten lassen, jedes vorsätzliche (absichtliche), einen Exceß in der Nothwehr enthaltende Verbrechen, constituire ein vorsätzliches Ueber-

Digitized by Google

schreiten der Grenzen der Nothwehr, jedes culpose Verbrechen unter derselben Voraussetzung dagegen einen schuldhaften Exceß. Diese Ansicht wäre aber entschieden irrig. Nach ihr würde jeder Todtschläger in Nothwehr mit der Strafe des Todtschlags bedacht werden müssen und würde auf ihn die gelinde Strafe des Art. 52 in pr. keine Anwendung erleiden können. Sie als richtig vorausgesetzt, würde Art. 52 neben den Art. 255 und 269 des StGB., welche Gefängnißstrafe und selbst Geldbuße im Falle fahrlässiger Tödtung oder Körperverletzung gestatten, eigentlich ein superfluum sein.

Auf der anderen Seite könnte man aber auch versucht werden, den Begriff, welchen die Lehrbücher des gemeinen Rechtes mit der schuldhaften Nothwehr verbinden, auf unseren Art. 52 übertragen zu wollen. Die Lehrer des gemeinen Rechtes[3]) redeten vielfach von schuldhafter Nothwehr bekanntlich in solchen Fällen, die zwar bei einem oberflächlichen Blicke wie Nothwehr aussahen, bei genauerem Zusehen aber keinen Zweifel darüber zuließen, daß wegen Mangels der einen oder anderen gesetzlichen Voraussetzung der Nothwehr gar keine Nothwehr vorhanden war. Es liegt auf der Hand, daß dieser Begriff von „schuldhaft" unserem Art. 52 ebensowenig zu Grunde liegen kann. Fehlt auch nur eine der im Art. 46 aufgezählten Bedingungen der Nothwehr, dann kann von Nothwehr keine Rede sein.

Es muß hiernach dem Gegensatze von vorsätzlich und schuldhaft eine andere Bedeutung innewohnen.

Bei einem deßfallsigen Nachforschen in den Quellen des gemeinen Rechtes ergibt sich, daß schon die Carolina Art. 142 die Entleibung, die aus einer rechten entschuldigten Nothwehr geschehen ist, eine solche entgegenstellt, die „bößlich" geschehen war. Dieselbe Unterscheidung ist sowohl dem römischen, wie canonischen Rechte bekannt. Jenes namentlich stellt das tuendi causa factum dem ulciscendi causa factum scharf gegenüber und

3) S. namentlich Grattenauer, Exners Tod S. 149. Henke Hdb. Thl. I. S. 53 ff.

Digitized by Google

das canonische Recht gestattet Gewaltanwendung ad injuriam propulsandam, nicht ad sumendam vindictam[4]).

Die Lehrer des gemeinen Rechtes haben, insbesondere gestützt auf die eben erwähnte Stelle der Carolina, zwischen absichtlichen und unabsichtlichen Ueberschreiten der Grenzen der Nothwehr unterschieden und im Falle absichtlicher Ueberschreitung die ordentliche Strafe des dadurch verübten Verbrechens eintreten lassen[5]).

Was unsere neueren deutschen Partikulargesetze betrifft, so stellen sie den bisher erörterten Gegensatz zum größten Theile nicht ausdrücklich auf und sind bezüglich der richtigen Folgen desselben nicht übereinstimmend[6]).

---

4) L. 38 §. 8. D. ad C. Jul. de adult. l. 1. §. 5. D. ad l. Corn. de sic. l. 4. C. ad l. Aq. l. 45. §. 4. D. ad. l. Aq. c. 18. Decret. de homic. f. überdiess l. 5. D. pr. IX, 2. verbis; cum posset apprehendere, *maluit* accidere.

5) Grattenauer a. a. O. S. 151. Henke I. S. 222.

6) Das österreichische Strafgesetzbuch erkennt gerechte Nothwehr auch dann an, wenn nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Grenzen einer erlaubten Vertheidigung überschritten worden sind; läßt jedoch eine solche Ueberschreitung nach Beschaffenheit der Umstände als eine strafbare Handlung aus Fahrlässigkeit ahnden. (§. 2.) Das preußische Gesetz achtet einen Exceß derselben der Nothwehr gleich; enthält aber den eben angeführten ausdrücklichen Zusatz des österreichischen nicht. (§. 41). Das baierische und oldenburgische Gesetz von 1813 resp. 1814, lassen im Falle einer sträflichen Ueberschreitung der Grenzen rechtmäßiger Vertheidigung nach den Umständen beurtheilen, ob diese Ueberschreitung bloß aus Fahrlässigkeit oder als böser Vorsatz zuzurechnen sei Art. 132 Thl. I. Das sächsische und altenburgische Gesetz überlassen im Falle eines Nothwehrexcesses Alles dem richterlichen Ermessen, ohne eine für unsere Frage relevante Vorschrift zu enthalten. (Art. 71). Das würtembergische Strafgesetz bemißt die Strafe überschrittener Nothwehr nach den im besonderen Theile enthaltenen Vorschriften (Art. 103) und bestimmt z. B. in Art. 265 für den Fall einer durch vorsätzlichen Exceß dem Angreifer im Affecte zugefügten Beschädigung eine mildere Strafe. Das braunschweiger u. Detmolder Gesetz erklären einen Exceß aus geminderter Besonnenheit, Ueberraschung ꝛc. für straflos, und lassen denjenigen, welcher die Grenzen d. N. außerdem überschreitet, nach den Bestimmungen über Tödtung

Digitized by Google

Unsere speciellen hessischen Gesetzesquellen anlangend, so gewähren die Motive zu dem Entwurfe von 1824 in einer auch bereits von Breidenbach (Commentar Art. 52. §. 1) allegirten Stelle eine wesentliche Aufklärung über den Begriff von vorsätzlicher Ueberschreitung im Sinne des Art. 52. Der Entwurf von 1824 unterschied nämlich zwischen fahrlässiger und vorsätzlicher Ueberschreitung, lies bei jener die gesetzliche Strafe der Fahrlässigkeit und bei dieser die Strafe des Versuchs ersten Grades eintreten. In den Motiven war nun hierzu bemerkt: „Es mag auffallen, daß der Entwurf auch hier die Strafe gemildert hat; allein man glaubte, daß der Zustand unverschuldeter Noth und die dadurch entstehende Aufregung der Gefühle und Affecte selbst dem Entschlusse mehr zu thun, als lediglich zur Abtreibung der Gefahr nothwendig sei, immer noch entschuldigend zur Seite stehen müsse."

Construiren wir nach allem bisher Erörterten zunächst den Begriff von vorsätzlicher Ueberschreitung, so ist solche augenscheinlich so oft vorhanden, als die durch Art. 48 und 49 gezogenen Grenzen überschritten werden, nicht in dem redlichen Willen sich zu vertheidigen, sondern mit der Absicht, mehr zu thun, als zur Vertheidigung erforderlich ist oder Etwas zu thun, was zur Vertheidigung gar nicht erforderlich ist [7]. Das Wesen der Nothwehr ist Vertheidigung,

oder Verletzung bestrafen. (Art. 167). Im Hannöverischen Gesetze wird der Richter angewiesen zu beurtheilen, ob im Falle eines überhaupt zurechenbaren Excesses eine aus Fahrlässigkeit oder aus rechtswidrigem Vorsatze entstandene strafbare Handlung vorliege (Art. 79). Nach dem badischen Gesetze sind Ueberschreitungen der Nothwehr nach den einzelnen Fällen zu beurtheilen und namentlich ob sie zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit zuzurechnen sind (§. 89 und 90). In beiden Fällen kann der Umstand der Nothwehr als Strafmilderungsgrund zu statten kommen (§. 92). Das weimar'sche Gesetz und die nach ihm redigirten Staatsgesetzbücher von Meiningen, Coburg ꝛc. lassen den Ueberschreiter der gesetzlichen Grenzen mit einer milderen Strafe belegen, erklären ihn aber für straflos, wenn er im Zustande geminderter Besonnenheit, aus Ueberraschung ꝛc. gehandelt hat.

7) S. auch Breidenbach, Com. a. a. O.

Digitized by Google

Wer vorsätzlich excedirt, vertheidigt sich nicht, seine Handlung enthält vielmehr ein angriffsweises Moment und ist insofern keine Nothwehr. Ganz consequent daher, wenn Art. 52 im Falle vorsätzlicher Ueberschreitung die gesetzliche Strafe des dadurch verübten Verbrechens eintreten läßt. Für den vorsätzlich Excedirenden ist die Nothwehr nur eine Maske, unter der versteckt er nicht das Verbrechen überschrittener Nothwehr, sondern augenscheinlich dasjenige begeht, das durch die scheinbare Nöthigung der Nothwehr maskirt werden soll. Bei dieser Auffassung des Begriffs der vorsätzlichen Ueberschreitung kann aber offenbar das dadurch verübte Verbrechen zum Vorbedacht, zum Affecte, ja möglicher Weise zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden. Denn nicht das verübte Verbrechen, sondern die Ueberschreitung muß eine vorsätzliche sein. Der Mord kann beispielshalber für den Fall eines zum Voraus angedrohten Angriffs, der mit Stockschlägen hätte abgewendet werden können, beschlossen und ausgeführt werden. Nicht weniger kann im Zorne, aber im klaren Bewußtsein, daß man nicht mehr im Stande der Vertheidigung ist, der bereits fliehende Angreifer verfolgt und getödtet werden. Ebenso endlich ist in einem Falle derselben Art der unvorsichtige, von nicht beabsichtigter tödtlicher Wirkung begleitete Gebrauch einer Feuerwaffe denkbar. Abgesehen von den möglicher Weise milderen Strafbestimmungen der Art. 254 und 264 [8]) werden wir solchen vorsätzlichen Ueberschreiter als Mörder, Todtschläger oder wegen fahrlässiger Tödtung bestrafen müssen. Es dürfte daher auch der Ansicht Breidenbach's (Art. 52 §. 2 i. f.) nicht ganz beizustimmen sein, daß die von der Tödtung und Körperverletzung aus Fahrlässigkeit handelnden Art. 255 und 269 unseres StGB. bei der Nothwehr nie zur Anwendung kommen

8) Art. 254. „Hat jedoch der Getödtete selbst, ohne alle oder doch ohne gerechte Veranlassung, durch schwere Beleidigung oder thätliche Mißhandlung des Todschlägers oder seiner im Art. 39 genannten Angehörigen den Affect desselben hervorgerufen und ist die Tödtung unmittelbar darauf verübt worden, so tritt Correctionshausstrafe von ein bis acht Jahren ein". — Analoge Bestimmungen enthält Art. 264 bezüglich der Körperverletzung im Affecte.

Digitized by Google

Wunsch, weil der Art. 52, der milder sei als jene, die Strafe der Fahrlässigkeit mitbegreife. Mindestens für den Fall vorsätzlicher Ueberschreitung trifft diese Bemerkung nicht zu, weil ja die mildere Strafe des Art. 51 nur in dem Falle schuldhafter Ueberschreitung zur Anwendung kommt.

Gehen wir hiernach zur näheren Entwicklung des Begriffs schuldhafter Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr über, so ist vor Allem der Gedanke an ein fahrlässiges, culposes Verbrechen hier fern zu halten. Das verübte Verbrechen kann in der Absicht des Excedenten gelegen haben, es kommt nur darauf an, daß die Ueberschreitung eine unabsichtliche war, und da wir eben als vorsätzlich Excedirenden den erkannt haben, dessen Exceß in der Absicht seinen Grund hat, mehr zu thun, als zur Vertheidigung nothwendig ist oder Etwas zu thun, was zur Vertheidigung gar nicht erforderlich ist, so werden wir als schuldhaften Ueberschreiter denjenigen und nur denjenigen zu betrachten haben, welcher in der, durch keine Nebengedanken mißleiteten, redlichen Absicht, sich gegen einen, den Bestimmungen des Art. 46 entsprechenden Angriff zu vertheidigen und Nichts weiter zu thun, als sich zu vertheidigen, die im Art. 48 und 49 gezogenen Grenzen überschreitet. Hier ist die Nothwehr kein Mittel, um ein Verbrechen zu maskiren. Sie ist ehrlich gemeint und eben darum macht sich der Excedent auch nicht des „dadurch verübten Verbrechens", sondern eines besonderen, mit einer besonderen Strafe bedrohten Verbrechens schuldig, des Verbrechens schuldhafter Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr.

Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß das Verbrechen, welches die Ueberschreitung constituirt, im Affect oder aus Fahrlässigkeit begangen sein kann. Man kann in der ehrlichen Absicht sich zu vertheidigen und nur sich zu vertheidigen, einen Angreifer in der Verwirrung und Aufregung der Nothwehr erschießen, dem man bei ruhiger Ueberlegung mit der Flinte höchstens gedroht hätte und es ist ebenso der unvorsichtige, von nicht beabsichtigtem tödtlichem

Digitized by Google

Erfolg begleiteten Gebrauch einer Feuerwaffe in einem Falle denken, in welchem ein drohender Zuruf genügt haben würde. Dagegen ist ein mit Vorbedacht verübtes Verbrechen hier in sofern nicht denkbar, als neben der zum Vorbedacht erforderlichen Ueberlegung der ehrliche Wille, sich nur zu vertheidigen, bei einem Excesse nicht wohl bestehen kann.

Wenden wir das bisher Erörterte auf unsern vorliegenden Fall an, so kann kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß Mechler die Grenzen der Nothwehr, — wenn überhaupt Nothwehr vorlag — jedenfalls vorsätzlich überschritten hat, insofern Zeit und Gelegenheit zu anderen, ihm nicht unbekannt gewesenen Mitteln vorhanden waren, durch welche er sich ohne alle andere Gefahr dem Angriffe entziehen oder sonst die Absicht des Angreifers vereiteln konnte.

Dieser Mittel hatte er zwei. Einmal konnte er dadurch dem Angriffe ohne alle andere Gefahr entgehen, daß er zu Hause blieb. Man erwidere nicht: dann riskirte er die andere Gefahr, der Feigheit bezüchtigt zu werden. Denn wenn auch die neueren Rechtslehrer dahin sämmtlich einverstanden sind, daß man Niemand zumuthen kann, die Flucht zu ergreifen, um sich einem Angriffe zu entziehen, gegen den er sich wehren konnte, so ist doch noch nirgends behauptet worden, daß es ehrenrührig sei, sich dem vorausverkündeten Angriffe eines Raufers nicht entgegenzubringen. Man kann ebenso wenig einwenden, daß man Niemanden zumuthen könne, sich eines Raufboldes halber zum ewigen Hausarreste zu verurtheilen. Denn darum handelt es sich gar nicht. Die einzige Frage ist die: konnte Man an dem hier fraglichen Abende sich dadurch ohne alle andere Gefahr dem Angriffe entziehen, daß er zu Hause blieb? Und es wird als Antwort auf diese Frage Niemand das versäumte Glas Bier als „Gefahr" im Sinne des Art. 48 beziehen wollen. Die Verhandlungen unserer zweiten Kammer gewähren über diesen Punkt einen richtigen Fingerzeig (s. Prot. 135 v. 11. Sept. 1840 S. 11 ff.). Man ging nämlich bei der Discussion unseres jetzigen Artikels von verschiedenen Seiten von der Ansicht aus, daß die

Digitized by Google

Worte „ohne alle andere Gefahr" zu eng gegriffen seien und es wurde deßhalb auch der Antrag gestellt, den Worten „ohne alle andere Gefahr" den Zusatz „und Nachtheil" beizufügen. Diesem Antrage widersprach jedoch die Großh. Regierungscommission, indem er erklärte, der Zusatz gehe zu weit, und vor zu großer Ausdehnung der Straflosigkeit verwarnte. Die Kammer adoptirte hierauf die Fassung des Entwurfs und verwarf damit den beantragten Zusatz. Dies dürfte entschieden zu Gunsten der oben ausgesprochenen Ansicht in's Gewicht fallen [9].

M. machte sich aber eines Excesses der Nothwehr auch dadurch schuldig, daß er sofort mit der gefährlichen Waffe zustach, ohne den Schutz und die Hülfe seines Meisters anzurufen, der unmittelbar neben ihm ging. Nur Schmelcher hatte angegriffen, der andere ihn begleitende Bursche war ruhig vorbeigegangen, es war darum allen Umständen nach Nichts weniger als ein sofortiges Niederstechen des Schmelcher geboten.

Mechler aber machte vorsätzlich von den beiden angeführten Mitteln keinen Gebrauch. Es galt ihm nicht um Vertheidigung; er suchte den Angriff, um die Gelegenheit zu einer blutigen Rache für eine unbedeutende Mißhelligkeit zu ergreifen, und als die Gelegenheit sich darbot, stach er, die Möglichkeit einer unblutigen Abwehr verschmähend, seinen Gegner sofort über den Haufen. Auch von Seiten der Geschworenen ist dies wohl anerkannt worden, wie ihre Antwort auf die erste Zusatzfrage beweist. Denn sie erklärten es ausdrücklich für nicht erwiesen, daß der Angeklagte nicht Zeit und Gelegenheit zu andern, ihm nicht unbekannt gewesenen Mitteln gehabt habe, durch welche er ohne alle andere Gefahr sich dem Angriffe entziehen konnte.

Ich komme somit zu demselben Resultate, wie der Großh. Assisenhof, freilich auf anderem, den Bestimmungen unseres Strafgesetzbuchs mehr entsprechendem Wege.

---

9) S. über diesen Punkt Breidenbach, Tom. I. S. 818.

Mein Beitrag zur Lehre von der Nothwehr war bereits an die Redaction abgesendet, als Levita's Abhandlung über das Recht der Nothwehr (erschienen im Verlage von Ricker in Gießen) in meine Hände gelangte. Ich ersehe daraus, wie ich mich in den Hauptmotiven meiner Entscheidung in directem Widerspruche mit dem Verfasser dieser Schrift befinde, die eine Lücke unserer criminalistischen Literatur in würdiger Weise ausfüllt und namentlich in der geschichtlichen Entwicklung der ganzen Lehre von großem Verdienste ist.

Levita hat dem Rechte der Selbstvertheidigung in sehr umfassender Weise das Wort geredet. Von dem Hegel-Köstlin'schen Satze ausgehend, daß der Rechtsgrund der Nothwehr in der Nichtigkeit des Unrechts auf Seiten des Angreifers dem Rechte des Individuums gegenüber zu finden sei, das Recht selber da durchzusetzen, wo die schützende Gewalt des Staates nicht im Stande sei, dem Unrechte zu begegnen, hat er die Unzulässigkeit fast aller bisher anerkannten Schranken des Nothwehrrechtes darzuthun versucht. Levita ist hierin nach meiner Ueberzeugung viel zu weit gegangen und hat dem Rechte der „freien Persönlichkeit“ auf Kosten des doch immerhin nicht rechtlosen Angreifers, ja selbst auf Kosten der staatlichen Ordnung einen verderblichen Spielraum gestattet.

Es ist hier nicht die Stelle, eine eingehende Critik der ganzen Levita'schen Abhandlung zu liefern. Ich beschränke mich vielmehr lediglich darauf, ihren Inhalt insoweit zu berühren, als derselbe auf den von mir besprochenen Fall Anwendung leidet.

Diejenige Schranke des Nothwehrrechtes zunächst, welche im Falle eines vorausgesehenen Angriffs für den Angegriffenen darin gefunden wird, daß er sich dem Angriffe in unschimpflicher Weise und ohne andere wirkliche Gefahr nicht habe entziehen oder die Hülfe der Obrigkeit nicht vorher habe anrufen können, wird von Levita verworfen. Er findet in dem Ziehen dieser Schranke lediglich ein Abhängigmachen der Freiheit des Staatsbürgers von der Willkür des Verbrechers und will das Recht

Digitized by Google

der freien Bewegung durch Nichts behindert wissen. Es läßt sich darauf erwidern, daß die Beschränkung dieses Rechtes ein nothwendiges Gebot der staatlichen Ordnung ist und daß durch Beschränkung des Einzelnen die wahre Freiheit Aller erst ermöglicht wird. Wer, wie Levita, nur die Nichtmöglichkeit obrigkeitlicher Hülfe im Momente der Gefahr als Schranke des Nothwehrrechtes anerkennt, legalisirt augenscheinlich ein Ignoriren der Obrigkeit, welches in seinen Endresultaten zu einem Faustrecht im Kleinen führt. Es ist derselbe Fall mit der weiteren Forderung an den mit einem Angriffe Bedrohten, sich dem Angriffe zu entziehen, wenn dies in unschimpflicher Weise und ohne andere wirkliche Gefahr möglich ist. Wer sich muthwillig in Gefahr begibt, der mag zusehen, daß er nicht darin umkomme; aber er hat kein Recht, den Schutz des Staates für seine Raufbegier in Anspruch zu nehmen.

Was die Grundsätze des römischen Rechtes betrifft, so sind diese von Levita mit Unrecht als zu Gunsten seiner Ansicht lautend angeführt worden. Das fr. 176 D. 50, 17 sagt ausdrücklich: non est singulis concedendum, *quod per magistratus possit fieri* und es fügt in practischer Weise die Motivirung hinzu: ne occasio sit majoris tumultus faciendi. §. 2. J. 4, 3 enthält nach Aufstellung des Grundsatzes: injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit, die unzweideutigen Worte: Itaque qui latronem occiderit, non tenetur, utique *si aliter periculum effugere non potest.* Ganz in Uebereinstimmung hiermit lautet fr. 45 §. 4 D. 9, 2 dahin: qui *cum aliter tueri se non* possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt. Das „aliter" ist ganz allgemein ausgesprochen und läßt sich nicht in beschränkender Weise mit der Einhaltung nur derjenigen Schranke in Zusammenhang bringen, welche der Schluß des citirten §. 4. nicht etwa zur Erklärung des „aliter", sondern als eine weitere wichtige Beschränkung des Rechtes vim vi defendere mit den Worten aufstellt: et hoc si tuendi dumtaxat non etiam ulciscendi causa factum sit.

Digitized by Google

Wenn hiernach — was auch Levita zugibt — die Carolina in ihrem Art. 140 als Erforderniß einer rechten Nothwehr einen Angriff aufstellt, der so dringend ist, daß es für den Angegriffenen als gefährlich oder schimpflich erscheint, demselben durch die Flucht zu entrinnen, so hatte sie in den mitgetheilten Grundsätzen des römischen Rechtes ein Vorbild und man hat nicht nöthig, diese Bestimmung nur aus den bei Abfassung der Carolina herrschenden Zeitverhältnissen zu erklären.

Und wenn endlich nach solchen Vorgängen unsere meisten deutschen Partikulargesetze in voller Uebereinstimmung mit der auf Grund der Carolina herrschend gewordenen Praxis das Recht der Nothwehr durch das verlangte Nichtvorhandensein anderer Mittel außer der Gewalt, sowie die mangelnde Möglichkeit obrigkeitlicher Hülfe beschränken, so ist man von diesem partikularrechtlichen Standpunkte aus unbestreitbar berechtigt, das Recht der Nothwehr demjenigen zu versagen, der einen Angriff bestimmt erwartet und sich diesem entgegenbringt, ohne die Obrigkeit anzurufen, oder ohne sich demselben in unschimpflicher Weise gefahrlos zu entziehen. Die deßfallsigen verschiedenen Angriffe gegen den Breidenbach'schen Commentar erscheinen daher, ganz abgesehen von ihrer inneren Berechtigung, jedenfalls als falsch adressirte.

XIX.

Ueber das bei Requisitionen an die vereinigten Staaten Nord-Amerikas um Auslieferung entwichener Verbrecher zu beobachtende Verfahren.

Von

Herrn General-Staatsprocurator Dr. K. v. Dehn-Rotfelser
zu Kassel.

Bekanntlich hat Preußen für sich und zugleich im Namen von Sachsen (Königreich), der beiden Hessen, einschließlich Hessen-Homburg, der thüringischen Lande, Anhalt, Braunschweig, Nassau, Waldeck, Lippe, und der freien Stadt Frankfurt [1]) am 16. Juni 1852 mit den vereinigten Staaten Nordamerikas eine Uebereinkunft abgeschlossen, unter den näher bezeichneten Voraussetzungen und auf gegenseitigen Requisitionen alle Individuen der Justiz auszuliefern, welche beschuldigt sind, das Verbrechen des Mordes, oder eines Angriffes in mörderischer Absicht, oder des Seeraubes, oder der Brandstiftung, oder des Raubes, oder der Fälschung, oder des Ausgebens falscher Documente, oder der Verfertigung oder Verbreitung falschen Geldes, — sei es gemünztes oder Papiergeld, — oder des Defects oder der Unterschlagung öffentlicher Gelder, inner-

1) Anderen Bundesstaaten ist der Zutritt ausdrücklich offen erhalten.

Digitized by Google

halb der Gerichtsbarkeit eines der beiden Theile begangen zu haben, und in dem Gebiete des andern Theils eine Zuflucht suchen, oder dort aufgefunden werden.

Da dieser Staatsvertrag Seitens der vereinigten Staaten Nordamerika's eine Auslieferung der Verbrecher nur auf den Grund solcher Beweise zugesteht, welche nach dortseitigen Gesetzen eine Verhaftung und Stellung vor Gericht rechtfertigen würden, so erscheint es zum Verständnisse der weiter unten folgenden näheren Bestimmungen jenes Vertrages nöthig, auf die hier in Betracht kommenden Grundzüge des nordamerikanischen Strafprozesses zurückzugehen. Zugleich kann den betreffenden Behörden und Beamten, welche in die Lage kommen, derartige Requisitionen an die vereinigten Staaten Nordamerikas zu richten, über das dabei zu beobachtende Verfahren Folgendes auf Grund vorliegender authentischer Nachrichten, insbesondere eines von dem General-Anwalt (Attorney General) an den Präsidenten der vereinigten Staaten erstatteten Gutachtens, sowie weiterer übereinstimmender Auskunfts-Ertheilung Seitens der k. k. österreichischen und der königl. preußischen Gesandtschaft zu Washington, zur Richtschnur mitgetheilt werden.

Zur Aufrechthaltung des allgemeinen Friedens und mit der dazu erforderlichen Gewalt als conservators of the peace, wie sie die Gesetze nennen, ausgerüstet sind die obersten Richter der Gerichtshöfe im ganzen Gebiete des Einzelnstaates, die Richter und beziehungsweise die Beirichter der unteren Gerichtshöfe, sowie die Friedensrichter innerhalb ihres Gerichtsbezirkes, endlich der Sheriff, der Constable und der Coroner. Verbrecher, welche auf frischer That betroffen werden, können und sollen von diesen Beamten sowie von jedem Privatmanne sofort verhaftet werden. Außer diesem Falle der frischen That bedarf es aber eines von den zuvor genannten Richtern auszustellenden Verhaftsbefehles (warrant for arrest). Ein solcher kann aber nicht erlassen werden, wenn nicht Derjenige, welcher das Vergehen zur Anzeige bringt, vor dem Richter eidlich versichert, daß ein bestimmtes Verbrechen begangen worden ist, und daß er genügenden Grund hat,

Digitized by Google

anzunehmen, daß die That von einer bestimmten Person verübt worden sei. Eine solche unter eidlicher Bekräftigung zu Protokoll gegebene Erklärung wird ein „affidavit“ genannt: m. vgl. Carl Theodor Tittmann über Gerichtsverfassung, Strafrecht und Strafproceß in den vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Dresden und Leipzig 1848. §. 24. Ebenso sagt Mittermaier, das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, Erlangen 1851. S. 216: „Haftbefehle können von einem Richter nur erlassen werden, wenn auf die eidlich vorgebrachte und gehörig unterstützte Anschuldigung eines Verbrechens (complaint) gegen eine Person der Richter genügenden Grund hat anzunehmen, daß ein Verbrechen verübt wurde, und der Angeschuldigte es begangen hat“.

Die hiernächst stattfindende Voruntersuchung dient zur Beantwortung der Frage, ob gegen den Angeschuldigten wegen des ihm beigemessenen Vergehens überhaupt Verdacht vorliegt, und demnächst, ob derselbe bis zur nächsten ordentlichen Sitzung des Bundes- oder beziehungsweise Staatengerichtshofes einstweilen gegen Caution auf freiem Fuß zu lassen ist (Tittmann a. a. O. §. 25). Auf Grund der vom Friedensrichter angestellten Erörterungen faßt der Staatsanwalt, dessen Thätigkeit erst jetzt beginnt, die Anklageschrift ab, und übergibt sie der zu Anfang jeder Gerichtssitzung zusammentretenden *grand jury* zur Prüfung (Tittmann a. a. O. §. 28). Die grand jury schreitet in geheimer Sitzung zur Prüfung der von dem Staatsanwalte entworfenen Anklageschrift vor. Die Prüfung der Sachlage durch diese grand jury oder Anklage-Jury ist mehr eine einseitige und zielt allein auf die Beantwortung der Frage, ob, abgesehen von einem durch den Angeschuldigten noch zu führenden Entschuldigungsbeweise, zur Erhebung der Anklage hinreichende Gründe vorliegen. Die Rechtssprache nennt einen solchen nur von einer Seite hergestellten, relativ vollen, Beweis ein „prima facie case“. In den Gesetzen heißt es, daß die grand jury keine traverse jury sein solle, welche Bezeichnung der petit jury zur Andeutung deren Zweckes, daß sie den Fall nach beiden Seiten abzuwägen

Digitized by Google

habe, gegeben ist. Wenn zwölf der Geschworenen darüber einig sind, daß eine Anklage gegründet sei, so schreibt der Vorsitzende auf die Anklageschrift die Worte: „a true bill“ (ein wahrer Beschluß), und unterzeichnet seinen Namen. Wenn dagegen weniger als zwölf der Geschworenen für die Versetzung in den Anklagestand sich erklären, so schreibt der Vorsitzende ein „ignoramus“ auf die Anklageschrift, und der Angeschuldigte wird sofort freigelassen. Eine derartige Lossprechung durch die Anklage-Jury hat aber nicht die Wirkung, daß nunmehr der Angeschuldigte desselben Verbrechens halber nicht anderweit zur Rechenschaft gezogen werden könnte (Tittmann a. a. O. §. 32, Mittermaier a. a. O. §. 16). Erst hierauf wird die Hauptuntersuchung (trial) vor dem ordentlichen Richter und vor der sogenannten petit jury (Urtheils-Jury) in öffentlicher Sitzung geführt (Tittmann a. a. O. §. 33 fg. Mittermaier a. a. O. §. 24 fg.).

Um nun dem Gegenstande der vorliegenden Erörterung näher zu treten, ist zuvörderst mit Rücksicht auf die polizeilichen Zustände Nordamerika's anzuführen, daß es behufs der Aufenthaltsermittelung und Ergreifung des Flüchtigen nicht zweckmäßig, sondern geradezu zweckwidrig erscheint, eine steckbriefliche Verfolgung durch die Organe der öffentlichen Gewalt in Nordamerika eintreten zu lassen, und daß in dieser Hinsicht ein Erfolg sich nur von den Bemühungen geheimer Privatagenten erwarten läßet.

Ist nun aber der Aufenthalt des Flüchtigen ermittelt, so soll nach dem Inhalte des Vertrags die Auslieferung erfolgen: „mit der Beschränkung jedoch, daß dies nur auf solche Beweise für die Strafbarkeit geschehen soll, welche nach den Gesetzen des Orts, wo der Flüchtling oder das so beschuldigte Individuum aufgefunden wird“ (— hier also nach den nordamerikanischen Gesetzen —), „dessen Verhaftung und Stellung vor Gericht rechtfertigen würden, wenn das Verbrechen oder Vergehen dort begangen wäre; und die respectiven Richter und andere Behörden der beiden Regierungen sollen Macht, Befugniß

Digitized by Google

und Autorität haben, auf eidlich erhärtete Angabe" (d. i. auf das obige „affidavit" oder „complaint", nicht ein bloßes eidliches Zeugniß über die Identität des Verfolgten) „einen Befehl zur Verhaftung des Flüchtlings oder so beschuldigten Individuums zu erlassen, damit er vor die gedachten Richter oder anderen Behörden zu dem Zwecke gestellt werde, daß der Beweis für die Strafbarkeit gehört und in Erwägung gezogen werde; und wenn bei dieser Vernehmung" (— d. i. der Beweisstücke, nicht etwa des verfolgten Individuums —) „der Beweis für ausreichend zur Aufrechthaltung der Beschuldigung" (— d. i. für ein dem ersten Anscheine nach genügender Beweis der Schuld der angeklagten Person, für ein prima facie case nach Obigem —) „erkannt wird, so soll es die Pflicht des prüfenden Richters oder der Behörde [2]) sein, selbigen für die betreffende executive Behörde" (— d. i. für den Präsidenten der vereinigten Staaten, beziehungsweise für den Gouverneur des Einzelstaates —) „festzustellen, damit ein Befehl zur Auslieferung eines solchen Flüchtlings erlassen werden könne. Die Kosten einer solchen Verhaftung und Auslieferung sollen von dem Theil getragen und erstattet werden, welcher die Requisitionen erläßt und den Flüchtling in Empfang nimmt [3]).

Es ergibt sich hieraus unzweideutig, daß materielle Beweise für die Schuld des Verfolgten beigebracht werden müssen, mithin die bloße Vorlage eines Haftbefehls des Instructionsrichters, eines Anklage-Erkenntnisses, eines schuldig sprechenden Verdicts der Geschworenen, und selbst eines rechtskräftigen verurtheilenden Enderkenntnisses keineswegs genügen. Es müssen vielmehr zur Begründung der Auslieferung sämmtliche, das Beweismaterial enthaltende gerichtliche Protokolle in beglaubigten Abschriften

2) Die Zuziehung der grand jury oder der Anklage-Jury ist also in Requisitions-Fällen nicht gefordert!

3) Ein weiterer Artikel der Convention entbindet von der Auslieferung eigener Bürger oder Unterthanen, beziehungsweise vor Erledigung des wegen neuer Verbrechen in dem requirirten Staate anhängigen Verfahrens.

Digitized by Google

oder Auszügen 4) beigebracht werden; woneben den Seitens des requirirenden Staates bereits ergangenen Verhaftungsbefehlen, Anklage-Erkenntnissen, Anklage-Acten, Verdicten der Geschworenen und verurtheilenden End-Erkenntnissen nur eine accessorische und bekräftigende Bedeutung wird beigelegt werden können.

Schwebt die Sache noch im vorbereitenden oder Instructionsverfahren, so erscheint die Beeidigung der Belastungszeugen zur Begründung des Auslieferungs-Ersuchens nach den Regeln des nordamerikanischen Strafprozesses erforderlich. Ein deßfallsiges rechtliches Hinderniß dürfte aus den Bestimmungen der deutschen Strafprozeßgesetzgebungen, welche den Act der Beeidigung dem Instructionsverfahren entziehen und der mündlichen Verhandlung vorbehalten, um deßwillen nicht herzuleiten sein, weil jene Bestimmung die internationalen Verhältnisse wohl überhaupt nicht berühret.

Die erwähnten Beweisstücke müssen sodann von dem betreffenden Justizministerium unter dessen Siegel beglaubiget werden.

Das Ersuchen um Auslieferung muß von dem Ministerium des Auswärtigen gestellt werden, und an den betreffenden Staats-Secretär der vereinigten Staaten gerichtet, auch von dem etwa bei der requirirenden Regierung oder in Ermangelung eines solchen bei einem andern deutschen Bundesstaate (etwa zu Wien oder Berlin) accreditirten nordamerikanischen Gesandten beglaubiget sein.

Zum Zwecke der Empfangnahme und des Transports des Flüchtigen ist ein besonderer Agent oder Bevollmächtigter abzusenden.

Da aber nach Obigem die jenseitige Behörde nur auf vor ihr über die Schuld eidlich erhärtete Angabe einen Haftbefehl erläßt, so erklärt sich daraus eine weitere Bemerkung in dem

4) In dem weiter unten erwähnten preußischen Straffalle wurden die Original-Documente, vorbehaltlich der Rücksendung, communicirt.

Digitized by Google

angeführten Gutachten des Attorney General: „Daß das Zeugniß eines solchen Bevollmächtigten bei der vorläufigen Prüfung des Falles vor dem competenten Gerichtshofe der vereinigten Staaten als zweckdienlich oder selbst als unerläßlich befunden werden dürfte".

Zweckmäßig und Kosten ersparend wird es sein, wo thunlich, jenen Agenten und diesen Zeugen in einer und derselben Person zu vereinigen; wie preußischer Seits insbesondere mit Erfolg in der Strafsache wider den städtischen Bureau-Assistenten R. S. aus B. wegen Veruntreuung im J. 1854 geschah.

Bei der sonach unvermeidlichen förmlichen Procedur vor den nordamerikanischen Gerichten kann unter Umständen die Zuziehung eines dortigen Advokaten als Rechtsverständigen erforderlich werden; für welchen Fall dann die Mittheilung der k. k. österreichischen Gesandtschaft von Interesse ist, daß die dortigen Advokaten in solchen Fällen auf ansehnliche Honorare Anspruch machen.

Im Ganzen wird man aus dem Vorstehenden die Ueberzeugung schöpfen, daß die Verwirklichung der Auslieferung eines in die nordamerikanischen Freistaaten entwichenen Verbrechers in den vereinbarten Verbrechensfällen ebenso umständlich und schwierig, als mit sehr bedeutendem Kosten-Aufwande verbunden ist.

Digitized by Google

XX.

Ein besonderes Verfahren in Ehrenkränkungssachen.

Von

Herrn Dr. Hermann Ortloff, Privatdocent in Jena.

I.

Von den Arten und der rechtlichen Natur der Injurienverfolgung.

Injurien konnten im römischen Recht auf zweierlei Weise verfolgt werden; §. 10. J. de injuriis (IV, 4) gibt sie im Allgemeinen dahin an: „in summa sciendum est, de *omni* injuria eum, qui passus est, posse vel *criminaliter* agere, vel *civiliter*. Et siquidem civiliter agitur: aestimatione facta secundum quod dictum est, poena reo imponitur; sin autem criminaliter: officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur". Diese beiden Wege waren für Injurien jeder Art bestimmt. Die criminelle Verfolgung hatte von dem gewöhnlichen Strafverfahren nichts Abweichendes; dagegen gab es auf dem Civilwege zwei besondere Rechtsmittel zur Verfolgung der obligatio, welche als aus dem Privatdelict entsprungen betrachtet wurde, die prätorische actio injuriarum aestimatoria und die civilrechtliche actio legis Corneliae. Beide Klagen verfolgten denselben Zweck, nämlich die Erlangung einer Privatstrafe [1]), und bei beiden konnte der

1) L. 11. § 1. 26. 18 pr. D. de injur. (47, 10).

Digitized by Google

Kläger dem Beklagten über das Hauptfactum den Eid deferiren[2]. Im Besondern haben diese beiden Klagen ihre Eigenthümlichkeiten. Die erstere ist die regelmäßige und allgemeine Injurienklage und kann sowohl von dem unmittelbar, als auch von dem mittelbar Beleidigten, z. B. vom Parens, vom Ehemann, Bräutigam, wegen Beleidigung eines Kindes, der Frau und der Braut, angestellt werden; sie geht auf eine in Geld für die Injurie an den Injuriirten zu bezahlende und von ihm quantitativ bestimmte Privatgenugthuung, welche das richterliche Urtheil nach dem Verhältniß und nach der Größe der Injurie ermäßigen darf[3]. Eine Verurtheilung hatte für den Injurianten stets die Infamie im Gefolge. Die Verjährungsfrist dieser Klage war ein Jahr[4]. Beschränkter war die letztere Klage aus der lex Cornelia, welche ursprünglich wegen der gröberen Injurien durch pulsare, verberare et vi introire[5]) eine Criminalanklage anordnete; aber der spätere Gerichtsgebrauch, den einzelne Constitutionen anerkannten, gestattete ex lege Cornelia auch eine Civilklage[6]), und zuletzt galt der oben erwähnte Grundsatz, daß die Wahl zwischen civiler oder crimineller Verfolgung aller Injurien frei stehen sollte. Außerdem konnte nur der direct Beleidigte die actio ex lege Cornelia anstellen[7]).

Das römische Recht ist, da das canonische Recht nichts Neues und das deutsche Recht nichts Eigenthümliches aufgestellt hat, nicht allein in Bezug auf Begriff und Arten der Injurien,

---

2) L. 5. §. 8. D. eod.

3) §. 7—10 J. de injur. (4, 4). L. 7. pr. §. 1. L. 11. §. 1. L. 15. §. 28. L. 16. 21. 37. §. 1. D. eod. (47, 10).

4) Pr. J. de perpet. et temporar. action. (4, 12). L. 5. C. de injur. (9, 35).

5) L. 5. pr. D. de injur. (47, 10). Marezoll, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts S. 445 und 429.

6) L. 37. §. 1. D. eod. L. 42. §. 1. D. de procuratorib. (3, 3): ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest: nam etsi pro publica utilitate exercetur, *privata* tamen est.

7) L. 5. §. 6. D. de injur.

Digitized by Google

sondern auch in Betreff der Verfolgung derselben, Grundlage des gemeinen Rechts geblieben. Der bei den Injurien vorwiegende Gesichtspunkt des römischen Rechts war, daß durch Angriffe Einzelner auf die Ehre Jemandes besonders die Privatrechtssphäre desselben verletzt und dadurch nur eine obligatio ex delicto begründet werde; eine Auffassung, welche theils ganz in der Natur der Sache liegt, theils aber auch mit der römischen Anschauung, daß eine wahre Ehrenschmälerung nicht durch den Einzelnen, sondern nur durch das Staatsurtheil bewirkt werden könne, in Verbindung gestanden haben mag [8]). Daher hatte die wegen irgend einer Unbill zu leistende Privatstrafe in Geld nicht den Zweck, eine Ehrenverletzung wieder herzustellen, sondern nur ein Aequivalent für einen unbefugten Eingriff in die fremde Rechtssphäre zu gewähren. Zwar erkennt man aus der Einführung einer Criminalanklage durch jene lex Cornelia, daß bei den s. g. Realinjurien (pulsare, verberare et vi introire), jener bloße Ersatz als nicht ausreichend, sondern durch sie die Person eines unter den allgemeinen Staatsschutz stehenden Bürgers für angegriffen und dadurch, wegen zu befürchtender Retorsion, die öffentliche Sicherheit für gefährdet galt, daß also ein gewisses Interesse des Staates mit im Spiele war; aber dennoch ging das bei den Römern so sehr geachtete Verzichtsprincip soweit, daß Niemand gezwungen war, eine Criminalklage wegen jener schwereren Injurie zu erheben, sondern daß sogar einem Verletzten eine freie Wahl zwischen civil- oder criminalrechtlicher Verfolgung gestattet war.

Eine Auffassung der Art, daß eine wahre Ehrenschmälerung nur durch das Staatsurtheil bewirkt werden könne, liegt der deutschen Nation ganz fern. Mehr als bei irgend einem Volk galt bei den Germanen das Recht der Selbstvertheidigung und der Eigenmacht zum Schutz der Person und der Familie, und als dessen letztes Ueberbleibsel ist das aus einzelnen Ständesklassen selbst durch directe Verbote nie verdrängte Duell anzu-

8) Marezoll, a. a. O. S. 429.

Digitized by Google

setzen. Nach dem Rechtsgefühl und s. g. Vorurtheil gewisser Stände gilt es als das einzige ausreichende Mittel, eine Ehrenverletzung wiederherzustellen, und sollte dafür das eigene Leben des Verletzten eingesetzt werden müssen. Nach germanischer Auffassung tritt das s. g. Staatsbürgerthum weit hinter die vorherrschende Einzelstellung und das Recht des persönlichen Schutzes zurück, weshalb denn auch die Ehre nicht als „reiner Ausfluß des Staatsurtheiles [9])" angesehen wurde. Im ältern germanischen Recht wurden wegen Injurien überhaupt Buße, und selbst wegen besonders schwerer Injurien oder mehr wegen der damit concurrirenden Verbrechen, Brüche verwirkt [10]), allein außer dieser Privatgenugthuung, die ja mit der des römischen Rechts übereinstimmt, ist schon früh eine eigenthümliche deutsche Ausgleichungsart bemerkbar, welche aber erst nach dem Mittelalter mehrfach in Gebrauch gekommen zu sein scheint; dies ist der Anspruch des Verletzten auf Widerruf, oder Abbitte, oder bloße Ehrenerklärung, welcher electiv oder cumulativ geltend gemacht werden durfte [11]).

Im Allgemeinen ist nach deutschem Recht die Injurie Gegenstand des bloßen Privatinteresses des Verletzten, und sie ist auch als privatum delictum im Sinne des römischen Rechts in der RGO. v. 1555 II. 28. 4 anerkannt worden [12]); sie ist demnach gemeinrechtlich, soweit nicht ein anderes Verbrechen concurrirt, lediglich ein Eingriff in die Privatrechtssphäre des Verletzten und daraus folgt, daß sie nur auf Klage des Verletzten verfolgt werden darf, und daß dem Recht auf Verfolgung der Ehrver-

---

9) Marezoll, a. a. O. S. 429.

10) Wilda, das Strafrecht der Germanen S. 776 ff. Lex *Salica*, tit. 31. 32. 33. 34. Vgl. *Thomasius*, diss. de actione injuriarum §. 18. in dessen dissertationes academicae tom. III. diss. 106.

11) Marezoll, a. a. O. S. 431. 447. Literatur bei Heffter, Lehrbuch des Strafrechts S. 25. Besonders aber Weber, über Injurien, II, S. 12 ff.

12) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 17. Aufl, S. 475. Die ästimatorische Klage wird aber schon in den vorhergehenden Ordnungen v. 1521, (14. 1) und von 1523, (1, 5) erwähnt.

Digitized by Google

letzung von dem Verletzten gültig entsagt werden kann. Da jedoch das deutsche Recht über eine criminelle Verfolgung der Injurien nichts enthält, so muß die Bestimmung der Institionen, daß dem Beleidigten die freie Wahl zwischen einer Klage und dem Civilverfahren oder zwischen einer Anklage und dem Criminalverfahren wegen jeder Injurie bleibe, gemeinrechtlich und subsidiär noch gelten [13]).

Gemeinrechtlich gibt es demnach zur Verfolgung von Injurien folgende Rechtsmittel:

1) auf dem Wege des Civilprozesses

a) zur Erlangung einer Privatstrafe.

α) Die prätorische actio injuriarum aestimatoria wegen jeder Art von Injurien [14]), sie ist in derselben Ausdehnung wie im römischen Recht zugelassen, nur ist die damit verbundene Folge der Infamie dahin gemildert worden, daß der Richter dem Verurtheilten die Ehre vorbehalten darf [15]),

β) die actio ex lege Cornelia des direct Beleidigten wegen körperlicher Mißhandlungen oder wegen gewaltsamer Störung des Hausfriedens, welche sich außerdem von der vorerwähnten Klage dadurch unterscheidet, daß jene in einem Jahre, diese aber erst nach 30 Jahren verjährt [16]);

b) zur Erlangung einer s. g. relativ öffentlichen oder gemischten Strafe, deren Wesen darin beruht, daß sie dem Beleidigten Privatgenugthuung gewährt, aber auch den Beleidiger zugleich öffentlich demüthigt,

---

13) Weber, a. a. O. II. S. 128.

14) L. 7. §. 6. D. de injur.: „posse hodie de omni injuria, sed et de atroci civiliter agi, Imperator noster rescripsit". Schmidt, gerichtliche Klagen und Einreden §§. 1254—1258.

15) RA. v. 1566 §. 107. RS. v. 1668. §. „fürs erste" u. s. w.

16) Weber, a. a. O. II. S. 140 ff. hat sich für die Verjährungsfrist von einem Jahre ausgesprochen; die herrschende Meinung ist aber die im Text angeführte. Vgl. darüber Heffter, a. a. O. S. 248 Note 7. und S. 253. Marezoll, a. a. O. S. 446. Schmidt, a. a. O. §§. 1259—1263.

Digitized by Google

α) die Klage auf Widerruf (palinodia, recantatio) d. h. die Erklärung des Beleidigers, welcher die Ehre Jemandes durch Unterschiebung unwahrer Thatsachen verletzte, daß diese unwahr seien,

β) die Klage auf Abbitte (deprecatio) d. h. das Bekenntniß der Reue oder Uebereilung und die Bitte um Verzeihung des Beleidigten, wenn die Injurie ganz unzweifelhaft war,

γ) die Klage auf Ehrenerklärung (honoris declaratio) d. h. der Ausspruch des Beleidigers in dem Fall einer objectiv feststehenden, aber in Bezug auf den animus injuriandi zweifelhaften Injurie, daß er den von ihm anerkannten und anzuerkennenden persönlichen Werth des Beleidigten herabzusetzen nicht beabsichtigt habe[17]);

2) auf dem Wege des Strafverfahrens zur Verhängung einer gemeinrechtlich nicht bestimmten, sondern der richterlichen Beurtheilung anheimgegebenen, öffentlichen Strafe[18]),

a) die Anklage des Verletzten und deren Fortführung im gemeinrechtlichen Anklageprozeß, oder die des Fiscals oder öffentlichen Anklägers, wo ein solcher aus dem deutschen Recht noch vorhanden ist,

b) die Untersuchung von Amtswegen, welche entweder von dem Verletzten beantragt, oder ex officio vom Gericht eingeleitet und geführt wird.

Die Anwendung der vorstehenden Rechtsmittel ist meistens erst durch Partikulargesetze in Betreff der Arten der Injurien fixirt worden.

Wenngleich nach der Lex Salica eine Privatstrafe, wie bei den Römern an den Verletzten, bezahlt werden mußte, so fand doch eine Aestimation von Seiten dieses nicht statt, sondern die Bußen waren gesetzlich, und wie es scheint, nach dem Stand und der Stellung der beleidigten Person in größeren oder geringeren Geldsummen festgesetzt. Die ästimatorische Klage findet

17) Vgl. über diese drei Klagen Schmidt, a. a. O. §§. 1264—1279.
18) Weber, a. a. O. II. S. 80 ff.

Digitized by Google

sich erst in der RGO. von 1521, Tit. 24 erwähnt, und hat in Sachsen noch viel später Eingang gefunden. Nämlich hier hatte sich das ältere germanische Recht länger erhalten, und nach Magdeburger Schöffensprüchen[19]) konnte der Injuriant entweder eine Anklage erheben, in welchem Fall dem Fiscus die vom Beleidiger zu zahlende Geldstrafe zufiel, oder eine Klage auf die Summe von 30 solidi, für eine Verbalinjurie, welche so oft bezahlt werden mußte, als die Injurie wiederholt worden war, anstellen.

In Deutschland und namentlich auch in Sachsen wurde mit Anstellung, sowohl der Injurien- als auch der Widerrufsklagen ein auffallender Mißbrauch getrieben, so daß in der Magdeburgischen Prozeßordnung von 1686 bestimmt wurde, daß die Gerichte gegen alle Injurianten, Calumnianten und Diffamanten, auch ohne Strafantrag von Amtswegen einschreiten und Strafen verhängen, und bei erfolgtem Strafantrag auch auf Privatgenugthuung für den Beleidigten erkennen sollten. Im Jahr 1696 erhielt diese Bestimmung noch eine Ergänzung dadurch, daß in Betreff der leichteren und schwereren Injurien zwischen dem summarischen und ordentlichen Verfahren unterschieden, die ästimatorische Klage aber gänzlich abgeschafft wurde. Dasselbe geschah in einem churfürstlich sächsischen Mandat v. 15. April 1706 und in dem königl. preußischen v. 28. Juni 1713, welches anstatt der ästimatorischen Injurien- und der Widerrufsklage ein summarisches Verfahren in Ehrenkränkungssachen angeordnet hat, wonach der Beleidigte Anzeige erstatten, dem Richter den Sachverhalt mittheilen und Beweismittel benennen, dieser aber nach der Sachlage entweder auf Abbitte, Widerruf oder auf eine öffentliche Strafe erkennen soll[20]). Nach heutigem gemeinen Recht steht das Verhältniß der oben angeführten Rechtsmittel zu den Injurien so, daß der Grundsatz allgemein anerkannt feststeht: von Amtswegen findet ein Einschreiten der Gerichte wegen

19) In Zobels Sachsenspiegel, vgl. *Thomasius*, l. c. §. 18.
20) *Thomasius*, l. c. §. 15—17.

Digitized by Google

Injurien nicht statt, der daraus dem Verletzten zugefügte materielle oder ideale Schade berechtigt ihn, entweder civiliter oder criminaliter zu klagen. In der freien Wahl des Verletzten liegt die Anerkennung des Verzichtsprinzips und der Willkür, wodurch die Injurie selbst ihren Charakter als Privatdelict behält. Die civilprozessualische Verfolgung kann durch Anstellung der obengenannten Klagen, die criminalprozessualische auf die oben bezeichnete Weise, und im Untersuchungsprozeß nur auf Antrag des Verletzten bewirkt werden. Alle auf diesen Wegen verfolgbaren Injurien bezeichnet man als **Privatinjurien**. Ihnen gegenüber kennt das gemeine Recht eine Anzahl Ausnahmsfälle, wegen welcher die Gerichte schon von Amtswegen ein Strafverfahren einleiten sollen, dahin gehören die Injurien der Kinder gegen die Eltern und die Amtsbeleidigung[21]), sowie namentlich die durch Schmähschriften und Pasquille begangenen Ehrenkränkungen[22]); diese Arten der Injurien hat man **öffentliche** genannt. Die **neueren** deutschen Gesetze stimmen keineswegs überein. Während im gemeinen Recht fast gar keine Strafbestimmungen für Injurien existirten, und außer den von Amtswegen zu verfolgenden der criminelle Charakter einer Injurie allein von der Wahl des Beleidigten, jenachdem er von den ihm zustehenden civilprozessualischen oder criminellen Rechtsmitteln Gebrauch machte, abhing, nahmen die neueren Strafgesetzbücher alle Injurien auf, und erhoben sie dadurch zu Verbrechen i. w. S., ließen theils die Privatgenugthuung ganz wegfallen oder nur accessorisch noch vorkommen[23]).

---

21) **Mittermaier** zu **Feuerbach** a. a. O. §. 292. Note I. **Marezoll**, a. a. O. S. 448. 449.

22) PGO. Art. 110, und RPO. v. 1577, Tit. 35. §. 2. Vgl. **Marezoll**, a. a. O. S. 448, 449.

23) Die **preußische** Cabinetsordre v. 1. Febr. 1811 hat die Privatgenugthuung, weil die Strafe ausreicht, ganz beseitigt. Zugelassen ist sie noch im **oldenburgischen** StGB. Art. 410. Nach dem **württembergischen** Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, v. 5. Sept. 1839 Art. 17 hat der Beleidigte die Wahl zwischen der Klage auf Genugthuung in Geld und dem Antrag auf

Digitized by Google

Der Kreis der Injurien ist in den neueren Strafgesetzbüchern dadurch verengert worden, daß eine Anzahl nach gemeinem Recht darunter fallender Verletzungen der Persönlichkeit, besonders Körperverletzungen, Störungen des Hausfriedens, Eindringen in fremde Geheimnisse u. dgl. m. als besondre Verbrechen ausgeschieden worden sind, und daß man als Injurien die Verläumdung, falsche Anzeige, Beleidigung begriffsmäßig gesondert hat. Darin stimmen sie mit dem gemeinen Recht überein, daß der größte Theil der Injurien nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Verletzten strafrechtlich verfolgt werden. Eine Verfolgung von Richteramtswegen oder auf Antrag des Staatsanwaltes tritt nur bei den s. g. öffentlichen Injurien z. B. Amtsbeleidigungen, und wenn eine Störung der öffentlichen Ruhe oder sonst ein andres von Amtswegen zu verfolgendes Verbrechen concurrirt, ein[24]).

Bestrafung. Nach Art. 18 das. und §. 14 des badischen Gesetzes v. 6. März 1845 hat der Beleidigte eine Schadensklage, wenn durch die Injurie seine Fortexistenz gefümmert wird. Vgl. Mittermajer zu Feuerbach, §. 294 Note I. Nach dem älteren sächsischen StGB. Art. 202, welches noch in S.-Altenburg gilt, und nach Art. 245 des neueren besteht die Privatgenugthuung in der Mittheilung einer auf Kosten des Verurtheilten zu fertigenden, beglaubigten Abschrift des Straferkenntnisses nebst Entscheidungsgründen an den Verletzten ohne dessen Antrag, wenn aber die Ehrverletzung mehr oder minder öffentlich begangen war, nach vorgängigem Antrag des Verletzten, in einer entsprechenden Veröffentlichung des Straferkenntnisses und, nach Ermessen des Gerichts, auch der Entscheidungsgründe durch das Gericht selbst. Eine Veröffentlichung des Erkenntnisses nebst Gründen auf eigne Kosten, steht jedem Theile frei. Vgl. das ältere sächs. Criminalgesetzbuch, herausgegeben von Held und Siebdrat Art. 202 und das neue Strafgesetzbuch für Sachsen mit Erläuterungen von Krug Art. 245. Damit stimmt auch das thüringische StGB. Art. 194, welches die Art der Veröffentlichung des Straferkenntnisses noch besonders bestimmt, sonst auch jede andre Art der persönlichen Genugthuung ausdrücklich abgeschafft hat, überein. Würtemberg. StGB. Art. 294. Hannöver. StGB. Art. 265. Grossh. Hessisch. Art. 218. Braunschweig. §. 203. Baden §. 314. Preuß. StGB. §. 163. Oesterreich. §. 493.

24) Marezoll, a. a. O. §. 127 wozu noch das sächs. StGB. Art.

Digitized by Google

Die strafrechtliche Verfolgung der s. g. Privatinjurien pflegt nach dem heutigen, neueren Strafverfahren die Regel zu sein, und nur ausnahmsweise ist noch ein civilprozessualisches Verfahren, z. B. in Preußen bei Ehrenverletzungen und leichten Mißhandlungen[25]) in Gebrauch. Bei der Anklageform des neueren Strafverfahrens wird die Verfolgung dieser Privatinjurien entweder von dem Verletzten beantragt, und die Einleitung des Strafverfahrens hängt dann von der Aufnahme des Antrags von Seiten des Staatsanwaltes ab, oder der Verletzte selbst tritt als Privatankläger mit den meisten, sich nicht auf die öffentliche Stellung beziehenden, Befugnissen des Staatsanwaltes auf, was subsidiär zu geschehen pflegt, wenn der letztere die Führung der Sache ablehnt, aber außerdem sogleich und primär, wo der Privatanklage ein freies Feld eingeräumt ist[26]). Das hierauf eingeleitete Strafverfahren ist das gewöhnliche Untersuchungsverfahren, wobei der Richter von Amtswegen für Erforschung der materiellen Wahrheit zu sorgen hat, und erst im Beweis- oder Hauptverfahren tritt die contradictorische Form sichtbar hervor.

Darüber, daß die Mitwirkung des Staates durch seine Organe, den Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, bei Ver-

---

246 zu erwähnen ist. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. §. 292 Note II.

25) Preuß. Einführungsges. v. 14. April 1851. Art. XVI. XVIII. Müller, preuß. StPO. S. 10. Frantz, preuß. StPO. S. 127. Goldtammers Archiv I. S. 696. 697. II. S. 808.

26) Badensche StPO. §. 328 ff. Hannov. StPO. §§. 39. 40. 45. Hessen-Casselsches StPGes. §. 6. Braunschweig. StPO. §. 83. §. 90. Vgl. Temme's Archiv II. S. 406. 407. Sächsische StPO. Art. 31 ff. Nach §. 37 der österreichischen StPO. ist es dem Erwägen des Staatsanwalts anheimgestellt, ob er dem Antrag des Verletzten oder Privatanklägers stattgeben will; wenn er die strafrechtliche Verfolgung vielleicht aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, oder um der Collision zu entgehen, daß der Angeklagte den Schutz des Staatsanwaltes wegen einer vielmehr von dem Ankläger erlittenen Beleidigung in Anspruch nimmt, im Voraus ablehnt, so steht dem Privatankläger die Durchführung seiner Anklage allein zu. Vergl. Hye-Glunek, leitende Grundsätze der österreich. StPO. v. 29. Juli 1853 S. 126.

Digitized by Google

folgung der Privatinjurien entweder ganz ausgeschlossen oder wenigstens beschränkt werden müsse, ist man wohl allgemein einverstanden. Von der Nothwendigkeit, daß der Staat die Ehre seiner Bürger durch Gesetze schützen müsse, ist man schon lange überzeugt gewesen und hat dies dadurch bethätigt, daß man die Injurien durch Strafgesetze begriffsmäßig gesondert und mit einer öffentlichen Strafe bedroht hat. Wie weit der Staat in der Begrenzung des Begriffs der Ehre gehen soll, das hängt hauptsächlich von der Stellung der Bürger zu einander und zu jenem, namentlich auch von der zeitlichen Anschauung über sittliche und rechtliche Würde des Einzelnen ab, kommt aber hier nicht weiter in Betracht. Daß die Vollziehung der im Strafgesetz wegen der Injurien gedrohten Strafe durch das überhaupt die Vollziehung der Strafgesetze vermittelnde Strafverfahren vorbereitet, erkannt und ausgeführt werden muß, ist nur eine Consequenz, und damit hängt die Verbannung der bürgerlichen Klagen auf eine Privatgenugthuung aufs Engste zusammen.

Es fragt sich aber hinsichtlich des Strafverfahrens, ob es ein reines, auf das Untersuchungsprinzip gestütztes sein dürfe, oder ob nicht vielmehr das Anklageprinzip oder die Verhandlungsmaxime zu Grunde zu legen sei?

Der das Untersuchungsprinzip in seiner ganzen Ausdehnung enthaltende Untersuchungsprozeß, also die Einleitung und Führung einer Untersuchung von Richteramtswegen, muß nach Obigem ganz und gar bei Privatinjurien verworfen werden. Das gleichfalls auf das Untersuchungsprinzip gebaute Strafverfahren mit einem öffentlichen Ankläger oder Staatsanwalt, welches theils Untersuchungs- theils Anklageprozeß ist, muß gleichfalls und zwar deßhalb verworfen werden, weil hier ebenfalls ein Organ des Staates die Verfolgung der Injurien, wenn auch selbst erst durch den Verletzten angeregt, ex officio betreibt, also der Staat ebenfalls für die Privatperson handeln würde[27]). Darauf

27) Zu welchen Inconvenienzen das Auftreten des Staatsanwalts in Ehrenkränkungssachen nach der früheren Strafprozeßordnung v. 1850

Digitized by Google

kommt in den beiden erwähnten Proceduren gar nichts an, ob der Verletzte zu dem Strafverfahren, welches in beiden Arten des Strafprozesses doch von Amtswegen eingeleitet und betrieben wird, die erste Veranlassung durch Anzeige oder förmlichen Strafantrag gegeben hat; denn nachher ist das Verfahren ganz in die Hände der Staatsbeamten übergegangen, und selbst der Staatsanwalt ist nicht Procurator des Antragstellers, sondern des Gemeinwesens, und jeder Einfluß des Verletzten auf das Verfahren ist mithin ausgeschlossen, ausgenommen, daß durch Zurücknahme des Antrags vor dem Urtheil das Verfahren sistirt werden kann.

Aus der Natur der s. g. Privatverbrechen, bei welchen die Fürsorge des Staates für die öffentliche Sicherheit gegen die Verletzung der einzelnen Person zurücktritt, und sich nur auf gesetzliche Gewährung eines dem Verletzer deßhalb zuzufügenden Uebels erstreckt, folgt, daß die in thesi ausgesprochene Bestrafung durch Passivität des Verletzten in hypothesi suspendirt werden kann. Als Regel wird das Verlangen der Verletzten nach Verhängung der öffentlichen Strafe angenommen, dabei wird aber dem Verzichtsprinzip und der Willkür soweit Rechnung getragen, daß der Staatsschutz erst gesucht werden muß, und wenn er wirksam geworden ist, durch Zurücknahme des Gesuchs wieder aufhört, während er sonst in Strafsachen überall und nothwendig von selbst in Thätigkeit tritt und bleibt. Will man überhaupt für Verfolgung der Privatinjurien von dem Untersuchungs-

in Oesterreich geführt hat, sehen wir bei Hye-Glunek a. a. O. S. 126; dort ist es öfter vorgekommen, daß der als Ehrverletzer Angeklagte gegen seinen Ankläger die Beschuldigung, vielmehr durch ihn beleidigt worden zu sein, erhob und deßhalb bei dem bereits für oder mit dem Ankläger intercedirten Staatsanwalt den Antrag stellte, auch für ihn gegen den bisher in Schutz genommenen ersten Ankläger aufzutreten. Dergleichen Uebelständen ist der Staatsanwalt in der neuen österreich. StPO. §. 37. dadurch überhoben worden, daß die Initiative ganz in das Belieben und Gutdünken desselben gestellt, und ihm, jeder Zeit von seiner Mitwirkung wieder abzustehen, gestattet ist.

Digitized by Google

princip etwas beibehalten, so dürfte es, nach Verwerfung des reinen Untersuchungsprozesses, so wie der Wirksamkeit des Staatsanwaltes im heutigen gemischten Strafverfahren, nicht mehr sein, als diejenigen Strafprozeßgesetze gestatten, nach denen ein Privatankläger allein für sich, analog dem Staatsanwalt, die Privatinjurie verfolgt. Hierbei tritt das Untersuchungsprinzip nach dem Antrag des Privatanklägers auf Untersuchung als leitendes Prinzip durch das ganze Verfahren auf, und nur hier oder dort zeigen sich einige Spuren der Verhandlung zwischen Parteien.

Allein auch das letzterwähnte Verfahren scheint dem Wesen der Privatinjurie und der geschichtlichen Entwickelung ihrer Verfolgung nicht zu entsprechen, weil es eben noch auf das Untersuchungsprinzip gebaut ist. Wenn zwar anerkannt werden muß, daß der Staat mittelbar bei Verletzungen an der Person und dem materiellen Wohl seiner Bürger interessirt ist, und auch für strafrechtliche Verfolgung der s. g. Privatverbrecher nicht allein dadurch, daß er dafür gewisse Strafen androht, sondern auch dadurch, daß er deren Vollziehung bewirkt, auf Anrufen und zwar dann ex officio, Sorge tragen soll, so kann und darf das Letztere doch nicht auch für die Privatinjurien beansprucht werden. Diese sind so rein subjectiver Natur, und charakterisiren sich so als Verletzungen des Rechts der s. g. höchsten Persönlichkeit, daß sie sogar mehr als manches reine Privatrecht in das Gebiet der Privatrechte überhaupt fallen. Diese Anschauung über Privatinjurien ist nicht allein durch die Geschichte hindurch gegangen, sondern auch heutzutage noch Gemeingut des Volkes, ebenso wie die, daß die öffentlichen Injurien criminell und von Staatswegen verfolgt werden müssen. Wenn zwar im römischen Recht in Betreff jeder Injurie, also auch wegen derjenigen, welche wir als Privatinjurie bezeichnen würden, die Wahl zwischen civiler oder crimineller Verfolgung eine freie war, so bestand der Hauptunterschied nur im Object des Verfahrens, welches entweder Privat- oder öffentliche Strafe war, nicht aber im Prinzip des Verfahrens; denn dieses war wie im Civil- so

Digitized by Google

auch im Anklageprozeß lediglich die Verhandlungsmaxime und Anerkennung der freien Willkür und des Verzichts zweier Parteien. Gerade dadurch war dem Antheil des Staates, der sich in Aufstellung der öffentlichen Strafe auch wegen der Privatinjurie kund gab, ein Gegengewicht auf der privatrechtlichen Seite gegenübergestellt. Ebenso erscheint uns jetzt die Möglichkeit und Nothwendigkeit geboten, für die strafrechtliche Verfolgung der Privatinjurien, als das einzig entsprechende Verfahren, ein auf das Anklageprinzip oder die Verhandlungsmaxime gestütztes zu vindiciren.

Es gilt lediglich die Anerkennung eines bestrittenen Persönlichkeitsrechtes der Ehre. Auf allgemeine Menschenwürde und bürgerliche Achtung hat Jeder Anspruch, auf eine besondere Ehre der, dem sie gebührt. Eine Antastung oder Beeinträchtigung dieses Rechts berechtigt den Verletzten, die vom Staate gebotene Herstellung zu fordern; für den angestifteten idealen Schaden ist ein materieller Ersatz an den Verletzten unzulässig, und eine ideale Ausgleichung durch Widerruf, Abbitte oder Ehrenerklärung unzureichend, daher trifft den Verletzer eine öffentliche Strafe als Folge für die Nichtachtung des Gesetzes, und zur Genugthuung für den Verletzten erfolgt jetzt nur die Veröffentlichung der Bestrafung. Das Object des Verfahrens ist nach den neueren Strafgesetzen äußerlich zwar öffentlicher, crimineller, aber seiner Bestimmung nach mehr privatrechtlicher Natur. Dem Verletzten kommt es hauptsächlich auf Erhaltung seiner Ehre an; denn eine ungerügte Antastung derselben könnte mehrere zur Folge haben, und dadurch seine bürgerliche Existenz bedroht werden, deßhalb verlangt er Bestrafung der vorgefallenen Verletzung. Mit der Bestrafung ist ausgesprochen, daß der Verletzer ein Unrecht begangen habe und damit ist der Streit über Anerkennung der Privatrechtssphäre beseitigt. Bei Privatinjurien ist also die Strafe einestheils die Folge für Nichtachtung des allgemeinen Gesetzes über Anerkennung der Ehre von Nebenmenschen, anderntheils das Mittel zur Beruhigung des Verletzten wegen

Digitized by Google

des erlittenen Schadens und folgeweise wegen künftiger Verletzungen. Das vom Staate gebotene Mittel der Strafe wird der Verletzte gern entbehren, wenn sein Rechtsgefühl auf andre Weise beruhigt wird z. B. durch öffentlichen Widerruf, Vergleich und dgl. —

In der Regel handelt es sich bei Privatinjurien um Behauptungen oder Begründung von Thatsachen, wovon Gebrauch zu machen, eine Art Berechtigung beansprucht wird z. B. bei einer Verbalinjurie behauptet der Injuriant die Wahrheit oder die Retorsion u. dgl., bei einer Realinjurie eine Veranlassung und Berechtigung, u. s. w. Hierbei tritt ganz unleugbar das Bedürfniß und die Nothwendigkeit einer Verhandlung zwischen Parteien an den Tag; Behauptungen und Gegenbehauptungen bedürfen der Begründung oder des Beweises; die Gleichberechtigung beider streitenden Theile und die Passivität des Gerichts dabei müssen gefordert werden, und somit sind die Grundlagen des Parteienverfahrens, also namentlich die Verhandlungsmaxime, als nothwendig anzuerkennen. Die letztere ist sowohl im römischen, als auch im germanischen Strafprozeß das leitende Prinzip gewesen, und wenn sie im Inquisitionsprozeß durch das Untersuchungsprinzip verdrängt wurde, so hat sie sich doch bei den bürgerlichen Injurienklagen erhalten. Es wird sich daher auch geschichtlich ein Verfahren in Ehrenkränkungssachen begründen lassen, welches auf die Verhandlungsmaxime gebaut, sich an das heutige contradictorische Strafverfahren anschließt, und theils von diesem, theils von den Formen des Civilprozesses Einzelheiten entlehnt hat.

Ein derartiges Verfahren empfiehlt sich im Allgemeinen dadurch, daß es als Strafverfahren zugleich die Vortheile des Civilprozesses gewährt, und daß dadurch eine Anzahl von Streitfragen, besonders über die strafrechtliche und civilprozessualische Verfolgung abgeschnitten werden.

Eine Art von Anklageverfahren bei Ehrenkränkungen wurde für Baden durch ein Gesetz vom 28. December 1831

Digitized by Google

angeordnet, welches dem Verfasser leider nicht zu Gebote steht[28]).

In S. Weimar bestimmte ein Gesetz v. 16. Juli 1839 das gerichtliche Verfahren wegen Ehrenkränkungen. Danach sind alle Civilklagen, insonderheit auch die präparatorischen z. B. die Provocation ausgeschlossen, und Ehrenkränkungen im Allgemeinen als Strafsachen im summarischen Untersuchungsprozeß zu verhandeln, welcher nur bei Privatinjurien folgende Modificationen erhalten hat. Der Denunciant hat sogleich bei der Denunciation die Beweismittel von selbst, oder wenn er von einem Rechtsbeistand nicht berathen ist, auf Aufforderung des Gerichts anzugeben. Spätere Beweisangaben sind nicht gestattet. Der Eidesantrag ist nur mit Ausschließung jedes andern Beweismittels zugelassen, dagegen nicht die Gewissensvertretung und Zurückgabe des angetragenen Eides. Der Denunciat wird zur mündlichen oder schriftlichen Vernehmung geladen, und wenn er dieser Ladung nicht Folge leistet, der Denunciation für geständig und überführt geachtet. Dem Richter liegt ob, Vergleichsvorschläge zu machen, wenn diese aber ohne Erfolg bleiben, so soll der Denunciat sogleich bei seiner Vernehmung die Beweismittel zu seiner Vertheidigung bei Verlust der letzteren angeben, oder bei einer mündlichen Ladung unter Einräumung einer siebentägigen Frist. In Betreff des Eides gilt für ihn dasselbe, wie für den Denuncianten. Die eidliche Bestärkung der eignen Anzeige ist nicht ausgeschlossen, aber sie soll, wenn sie durch andere Beweisgründe nicht unterstützt ist, für sich allein nicht bis zum Reinigungseid graviren. Zur Ableistung dieses und des deferirten Eides sind feierliche Eidesformeln erforderlich. Ueber die Kosten ist nach den Grundsätzen des Civilprozesses zu erkennen. Es findet nur das Rechtsmittel der Appellation statt, und deren Formen sind wie die der Appellation in minderwichtigen Civilsachen beschaffen.

---

28) Erwähnt in Mittermaiers deutschem Strafverfahren, II. S. 710. Note 37.

Digitized by Google

Diesem Gesetz fehlte gänzlich eine förmliche Verhandlung zwischen Parteien, obgleich es namentlich hinsichtlich des Beweises Manches aus dem Civilprozeß, z. B. die Eidesdelation, herübergenommen hatte. Es war die Veranlassung zu dem später in die thüringische und altenburgische Strafprozeßordnung aufgenommenen besonderen Verfahren in Ehrenkränkungssachen, welches sich in der Praxis der verschiedenen Länder, in denen jene Prozeßordnungen gelten, bereits recht gut bewährt hat. Wir stehen daher nicht an, die Grundzüge dieses Verfahrens, nebst einigen Erläuterungen theils aus eigner Erfahrung, theils aus Entscheidungen der Obergerichte, besonders des Cassationshofes zu Jena genau zu schildern, und das Verfahren selbst zur Nachahmung zu empfehlen[29]).

Auch die sächsische Strafprozeßordnung Artt. 370—376 enthält besondere Vorschriften über ein Verfahren bei angezeigten Beleidigungen und Verläumdungen, das aber lediglich ein Untersuchungsprozeß vor dem Einzelrichter mit geringen Modificationen ist, so daß ihm nur anhangsweise einige Aufmerksamkeit gewidmet werden kann.

III.

Die Grundlagen des besondern Verfahrens in Ehrenkränkungssachen.

Gegenstand des besondern Verfahrens der vorerwähnten Strafprozeßordnungen sind die in Artt. 185, 186, 189 u. 190 des thüringischen und in Artt. 194, 195 und 198 des altenburgischen Strafgesetzbuches erwähnten Privatinjurien. Dahin gehören:

1) Die eigentliche Verläumdung, welche mit Gefängniß bis zu sechs Monaten, oder insofern die Strafe sechs Wochen

29) Leider gibt es zu diesem besondern Verfahren ebensowenig Motive, als zu der thüringischen StPO., von der die altenburgische im Wesentlichen eine getreue Nachahmung ist.

Digitized by Google

Gefängniß nicht übersteigt, mit verhältnißmäßiger Geldbuße zu belegen ist, und die Mittheilung einer von einer andern Person ausgegangenen übeln Nachrede mit Kenntniß von deren Unwahrheit, welche ebenso bestraft wird;

2) eine Mittheilung der letzterwähnten Art ohne die Kenntniß von der Unwahrheit, und die eigentliche Beleidigung, worunter Handlungen und Aeußerungen begriffen werden, welche die Ehre eines Andern kränken, oder nach der gemeinen Meinung Verachtung gegen denselben ausdrücken. Beleidigungen, welche in Thätlichkeiten bestehen, werden mit Gefängniß bis zu zwei Jahren, oder bei einer nicht über sechs Wochen ansteigenden Gefängnißstrafe mit verhältnißmäßiger Geldbuße, in andern Fällen mit Gefängniß nur bis zu drei Monaten oder verhältnißmäßiger Geldstrafe bestraft. Zu den letzteren gehört auch die wissentlich falsche Verbreitung nachtheiliger Nachrichten über persönliche Verhältnisse eines Andern, und das persönliche Verhalten eines Verbrechens oder einer den guten Ruf gefährdenden Handlung von einem dazu Unbefugten, und soweit eine beleidigende Absicht daraus hervorgeht.

Das Verfahren wird aber nicht auf die vorstehenden Injurien erstreckt, sofern sie gegen öffentliche Behörden gerichtet sind, oder bei im öffentlichen Dienst angestellten Personen[1], durch deren amtliche Vorgesetzte verfolgt werden, oder endlich wenn die Verläumdung unter 1 ein mindestens mit Arbeitshaus bedrohtes Verbrechen betrifft, oder sonst unter erschwerenden Umständen ausgesprochen worden ist[2].

Nach der Schwere der Privatinjurie bestimmt sich auch die Competenz der Gerichte. Die Privatinjurien gehören der Regel nach zu den Uebertretungen und, nach den meisten deutschen

1) Auch Rechtsanwälte gehören dazu nach dem Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Jena v. 1. März 1855. (Nr. 22). Siehe Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Jahrgang 1855. S. 271.

2) Diese s. im Art. 192 des thüring. und Art. 201 des altenburg. StGB.

Digitized by Google

Gesetzen, vor den Gerichtsstand der Einzelrichter in erster Instanz, und vor den des übergeordneten Collegialgerichts (Kreisgerichts, Criminal-Bezirksgerichts) in zweiter Instanz [3]). Da aber im Allgemeinen die Competenz der Einzelgerichte für Uebertretungen auf ein bestimmtes Strafquantum festgesetzt ist, so müssen die Fälle der Privatinjurien, welche voraussichtlich eine im Strafgesetz angeordnete höhere Strafe nach sich ziehen, also den Begriff der Uebertretung überschreiten, und unter die nächst folgende höhere Klasse der Verbrechen im weitern Sinn, unter die meist s. g. Vergehen fallen, auch den dafür competenten Collegialgerichten (Kreis-, Criminal-, Bezirks-Gerichten) in erster Instanz zur Verhandlung zufallen, den Appellhöfen dann aber in zweiter Instanz. So bestimmen die erwähnten beiden Strafprozeßordnungen, daß der Einzelrichter, wenn die zu erkennende Strafe sechswöchentliche Gefängniß- oder verhältnißmäßige Geldstrafe, welches das Maximum für die Competenz der Einzelgerichte ist, übersteigen würde, die Sache an das Kreisgericht (in Altenburg an das Criminalgericht) zur Verhandlung abgeben soll [4]).

Im Bezug auf die Grundzüge des Verfahrens ist im Allgemeinen Folgendes zu bemerken.

Das Verfahren selbst ist ein auf die Verhandlungsmaxime gebautes Anklageverfahren zwischen Parteien, dem Injurirten als Ankläger und dem Injurianten als Angeklagten. Jede Theilnahme des Staates an der Strafverfolgung ist ausgeschlossen, daher tritt weder ein Staatsanwalt, noch ein Untersuchungsrichter von Amtswegen in Thätigkeit, und das angerufene Gericht ist indifferent in Bezug auf die Ermittelung der Wahrheit. Das Verfahren ist aber nichts desto weniger ein Strafverfahren, und die Regeln des Strafprozesses greifen in demselben so weit Platz, als nicht gesetzliche Abänderungen bestehen; es ist daher in die Strafprozeßordnungen, wenigstens

---

3) Thüring. StPO. Art. 2. Ziff. 2. Artt. 9. 10. 371. Altenburg. StPO. Art. 1. II. 3. Artt. 9. 10. 11. 331.

4) Thüring. StPO. Art. 374. Altenburg. StPO. Art. 334.

Digitized by Google

als Anhang, und zwar mit demselben Recht wie das standrechtliche Verfahren[5]), mit aufzunehmen[6]).

Die Analogie des Civilprozesses ist nur soweit zulässig, als das Gesetz sie gestattet, und dies ist in den beiden Strafprozeßordnungen soweit geschehen, daß nach den Regeln des Civilprozesses Geständniß, Eid oder Eidesverweigerung vollständigen Beweis der dabei in Frage stehenden Thatsachen begründen, und danach auch über die Kosten des Verfahrens in erster Instanz und in der Instanz der Rechtsmittel entschieden werden soll[7]).

Da die meisten Injurien unter die Competenz der Einzelgerichte fallen, so mußten sich die Gesetzgeber am nächsten an das vor den Einzelrichtern stattfindende Verfahren anschließen und dieses zur Regel erheben, dann aber auch Bestimmungen treffen, welche das Injurienverfahren wegen der schweren Privatinjurien vor den Kreis- oder Criminalgerichten mit dem daselbst üblichen Prozeß in Einklang bringen konnten. Das reguläre Verfahren in Ehrenkränkungssachen ist demnach das vor den Einzelgerichten stattfindende, wobei alle, nicht speciell abgeänderten, Bestimmungen des Verfahrens vor den Einzelrichtern wegen Uebertretungen überhaupt, und folgeweise auch die Analogie der Bestimmungen über das Verfahren vor den Kreis- oder Criminalgerichten, bezüglich vor dem Untersuchungsrichter, soweit sie zugelassen ist, gelten[8]).

---

5) Oesterreich. StPO. §§. 396—415.

6) Thüring. und altenburg. StPO. in dem letzten Capitel.

7) Thüring. StPO. Art. 377. Altenburg. StPO. Art. 338. Erkenntniß des OAGerichts zu Jena v. 26. Mai 1852 nach S.-Meiningen in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen Jahrg. 1855. S. 319: „Das Verfahren in Ehrenkränkungssachen ist, wie sich aus dem ganzen 19. Capitel der StPOrdnung ergibt, eine Art des strafrechtlichen Verfahrens, wobei nur da, wo die StPOrdnung besonders darauf hinweist, wie im Art. 177, Grundsätze des Civilprozesses herbeigezogen werden können".

8) Der Werth einer Strafprozeßordnung besteht wahrlich nicht darin, daß man durch Berücksichtigung jedes möglichen Falles eine Menge von Einzelheiten oder Wiederholungen vorbringt und dadurch dem

Digitized by Google

Das Verfahren muß wegen der Geringfügigkeit des Verbrechens, wie das bei dem Einzelrichter überhaupt, im Verhältniß zu seinem Gegenstande stehen; daher muß es ein summarisches sein, weil nur die geringsten Verbrechen in Frage stehen, und deßhalb ist die Beweisantretung mit jedem Parteivorbringen sogleich zu verbinden, und die Sache wo möglich in einem Termine zu beendigen, wo nicht, so ist nur noch ein Termin zur Beweisführung und Deduction anzuberaumen, in welchem dann das Endurtheil zu fällen ist. Da das Verfahren ein summarisches sein soll, in welchem auch der Eid gebraucht werden muß, so rechtfertigt sich schon daraus der Wegfall der nur Weiterungen veranlassenden Gewissensvertretung; sowohl auf denselben Grund, als auch darauf, daß hierbei viel auf Wahrung der Formen und der Pünktlichkeit des Verfahrens ankommt, ist die Androhung mancher tiefgreifenden Rechtsnachtheile und Nichtigkeiten gestützt.

Da in diesem Parteiverfahren auf die persönliche Anwesenheit nicht soviel wie im gewöhnlichen Strafverfahren ankommt, so ist unbedenklich eine Vertretung beider Theile, in Wort oder Schrift und in Terminen, durch Bevollmächtigte zu gestatten, und jedenfalls sind dieselben Personen, welche im gewöhnlichen Strafprozeß zu Vertheidigungen befähigt sind, auch zur Führung der Parteiinteressen in dieser besondern Art des Strafverfahrens zuzulassen [9]). Ein gehörig legitimirter Bevollmächtigter steht,

---

Richter oder den Anwälten das Verfahren erleichtert, sie zugleich aber auch an den strengen Buchstaben fesselt, vielmehr ist Kürze und Verweisen auf Hauptvorschriften weit empfehlenswerther, und der Richter, welcher sich die Mühe gibt, in den Geist des neueren Strafverfahrens und seiner Landesprozeßordnung einzubringen, und von diesem doch weit höheren Standpunkt aus das Verfahren leitet, wird nie über scheinbare Lücken des Gesetzes klagen und eine auch wirklich vorhandene Lücke auszufüllen verstehen.

9) Ausführlich darüber in meiner Abhandlung: „Von den zu Vertheidigungen befähigten Personen" in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen, Jahrg. 1855. S. 370 ff. S. besonders §. 4, welcher von der Befugniß der nach der thüringischen und alten-

Digitized by Google

soweit nicht höchst persönliche Verhältnisse der Partei in Frage kommen, z. B. Eidesleistungen, der Partei gleich; daraus folgt aber nicht, daß diese nun selbst von prozessualischen Handlungen ausgeschlossen sei, sondern beide, Partei und Anwalt, sind zu handeln berechtigt [10]).

III.

Die Einzelheiten des Verfahrens in Ehrenkränkungssachen.

§. 1.

Von der Anklage.

1) Die Anklage wird von dem zur Verfolgung der Verläumdung oder Beleidigung Berechtigten bei dem Einzelgericht, welchem der Anzuklagende unterworfen ist, erhoben. Zu den Berechtigten gehören außer dem unmittelbar Verletzten bei Ehrenverletzungen der Ehefrauen die Ehemänner, gegen Kinder die Väter und gegen Mündel die Vormünder, gegen ganze Personenklassen, Gemeinden, Genossenschaften jedes Mitglied, gegen Verstorbene die Ehegatten, die Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie und ohne Rücksicht auf Verwandtschaft die Erben. Sind Mehrere durch eine und dieselbe Handlung unmittelbar oder mittelbar beleidigt worden, so darf nur eine einzige Anklage oder nur ein einmaliges Strafverfahren zugelassen werden — non bis in idem — z. B. wegen einer vom Schauspieler dem Publicum oder einer Standesklasse gesagten Beleidigung. Ein Betheiligter, der sich dem Strafverfahren nicht angeschlossen hat, kann aber im Fall einer Freisprechung des Beleidigers ein neues Verfahren beantragen, wenn er in dem vorigen Verfahren noch nicht gebrauchte Beweismittel beischafft [1]).

burgischen StPO. zu Vertheidigungen befähigten Personen, die Parteienrechte in dem Verfahren wegen Ehrenkränkungen zu vertreten, handelt.

10) OAGErkenntniß v. 26. Mai 1852 nach S. Meiningen, in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen, Jahrg. 1855, S. 318.

1) Thüring. StGB., Art. 193. Altenburg. StGB. Art. 203. Sächs. StGB. Art. 246.

Digitized by Google

2) Die Erfordernisse der Privatanklage sollen denen der öffentlichen Anklageschrift entsprechen [2]); d. h. die Anklage soll enthalten:

a) Den Namen des Angeklagten und dessen persönliche Verhältnisse,

b) eine Darstellung derjenigen Thatsachen, welche das den Gegenstand der Anklage bildende Verbrechen (Verläumdung oder Beleidigung) begründen sollen, mit allen erschwerenden oder mildernden und für die Strafausmessung erheblichen Umständen. Sind mehrere Injurien Gegenstand der Anklage, so sind sie unter besondern Nummern darzustellen;

c) die Angabe der thatsächlichen Bestandtheile der Privatinjurie und des direct oder eventuell anzuwendenden Strafgesetzes, sowie des für die Verhandlung competenten Gerichts,

d) die Benennung der Beweismittel [3]).

Civilansprüche aus dem Verbrechen können in der Anklage mit verfolgt werden, und es gelten hierfür die Vorschriften über die Adhäsion.

3) Die Form der Anklageerhebung kann eine zweifache sein:

a) Die Anklage kann zu Protokoll gegeben werden; dazu genügt, weil sie nur ein einseitiges Anbringen ist, jedenfalls nur eine Gerichtsperson, welche freilich eine Art Instruction vornehmen und dem unberathenen Ankläger die gesetzlichen Erfordernisse der Anklage bekannt machen muß;

4) Die Anklage kann in einer Anklageschrift, welche von einem Anwalt [4]) gefertigt und mit einem Duplicat übergeben werden muß, angebracht worden.

---

2) Thüring. StPO. Artt. 371. 195. Altenburg. StPO. Art. 331. (Sie verweist nicht auf die öffentliche Anklage).

3) Die beiden StPOrdnungen lassen die Angabe der Beweismittel zur Anklage, bis eine Ladung darauf ergeht, zu, schließen sie aber dann aus. Jedenfalls ist der letzte Termin nicht schon das Decret des Richters auf die Klage, auch nicht etwa der Tag der Ausfertigung, sondern die Expedition der Ladung, denn bis dahin ist immer noch res integra.

4) Unter Anwalt ist hier eine überhaupt zu Vertheidigungen im

Digitized by Google

4) Was im Besondern die zu gebrauchenden Beweismittel betrifft, so gehört darunter auch besonders der Eidesantrag über Thatsachen, wozu kein andres Beweismittel angegeben ist [5]). Die Zurückgabe des angetragenen Eides, nicht aber Gewissensvertretung, ist zulässig.

§. 2.

Vom richterlichen Dekret auf die Anklage.

Der Einzelrichter hat auf die Anklage einen Tag zur Vorverhandlung anzusetzen und beide Theile hierzu dergestalt vorzuladen, daß die Behändigung der Ladung wenigstens am achten Tag vor dem Termin erfolgt [6]). Es fragt sich bei dieser Ladung, ob sie, wie die altenburgische StPO. bestimmt, für

Strafverfahren befugte Person zu verstehen, und dieser Ausdruck ist deßhalb gebraucht, weil man den Vertreter eines Anklägers nicht wohl Vertheidiger nennen kann. Vgl. meine oben angeführte Abhandlung a. a. O. S. 376 und 377.

5) Hierdurch ist die sonst im Großherzogthum S. Weimar gestattete eventuelle Eidesdelation für dieses Verfahren ausgeschlossen worden. Freilich sind dem Verfasser aus seiner Praxis gerade Fälle bekannt geworden, wobei der Ankläger, weil er die bei Injurien gegenwärtigen Zeugen nicht für sicher hielt, lieber den Eid darüber deferirte, der Angeklagte ihn annahm und ableistete, worauf der Ankläger dann eine Anzeige wegen Meineides machte und dazu jene Zeugen noch benannte. Der Meineid wäre gewiß vermieden worden, wenn der Ankläger sich gleich des Zeugenbeweises und eventuell des Eidesantrages bedient hätte. Vgl. meine Berichte über die vom 13. Juni bis 8. Juli 1853 zu Weida abgehaltenen Geschwornengerichtssitzungen, im Verlag der König'schen Buchdruckerei, Weida 1853. S. 10 4. Verhandlung und S. 19 die 15. Verhandlung.

6) Thüring. StPO. Art. 372 und altenburg. StPO. Art. 332. Die im Großherzogth. S.-Weimar und in den schwarzburgischen Fürstenthümern geltende Novelle zur StPO. trifft in §. 90 die sich gut bewährt habende Anordnung, daß der Einzelrichter vor Ausfertigung auf die Anklage beide Parteien zu einem Sühnetermin, unter Androhung einer Ordnungsstrafe bis zu fünf Thaler, vorladen und bei einem Vergleiche die Kosten außer Ansatz lassen kann. Das Letztere ist sehr practisch, denn bei vielen Sühneversuchen scheitert die Sühne an der Hartnäckigkeit der Parteien, die Kosten zu übernehmen, weil sie oft meinen, daß derjenige, der auch nur einen Pfennig Kosten zu bezahlen habe, in den Augen des Publikums doch nicht im Rechte sei.

Digitized by Google

den Fall der Nichtbefolgung eine Geldstrafe oder andere Rechtsnachtheile androhen soll. Eine bloße Ladung durch Forderzettel, mit Androhung einer Strafe von einem Thaler, scheint durchaus ungenügend. Injurienprozessen ist durchaus kein Vorschub zu leisten, und sie sind so bald wie möglich zu beseitigen oder zu verhandeln, daher muß es unzweckmäßig erscheinen, die Möglichkeit zu geben, daß ein Theil die Pflicht, im Termin zu erscheinen, mit Geld ablösen kann. Weit angemessener ist die Bestimmung der thüringischen Straf-Prozeß-Ordnung Art. 372, deren Nichtachtung sogar mit Nichtigkeit bedroht ist; sie lautet: „Der Ankläger wird bei Verlust der Anklage, und der Angeklagte unter Mittheilung der Anklage mit der Aufforderung geladen, im Termin sich auf den thatsächlichen Inhalt der Anklage bei Strafe des Eingeständnisses einzulassen, auf den etwa angetragenen Eid bei Strafe, daß derselbe werde für angenommen erachtet werden, zu erklären, und seine thatsächlichen Einreden nebst Beweismitteln bei Verlust derselben vorzubringen".

Die Ladungen können entweder an die Parteien selbst oder an deren Anwälte gerichtet werden; im ersteren Fall muß die Partei ihren Anwalt nur in Kenntniß davon setzen [7]).

§. 3.

Vom Verhandlungstermin.

Der erste Termin wird im Gegensatz zu der Hauptverhandlung Vorverhandlungstermin genannt. Wo möglich soll in ihm die Sache durch Vergleich oder durch Endurtheil beschlossen werden, wenn dies aber nicht zu erreichen ist, so soll darin wenigstens soweit mit Gehör beider Theile vorgeschritten werden, daß nur in der Hauptverhandlung noch die Beweisführungen und die Deductionen beider Parteien vorzunehmen sind.

Dieser erste Termin ist vom Einzelrichter mit Zuziehung eines Protokollführers zu halten. Denn weniger als bei dem Verfahren vor dem Einzelrichter oder dem Untersuchungsrichter erfordert wird, kann hier nicht gestattet werden [8]).

7) OAGErkenntniß v. 26. Mai 1852 nach S.-Meiningen in den Bl. für Rechtspflege a. a. O. S. 318.

8) Vergl. des Verfassers Abhandlung in den Blättern für Rechtspflege

Digitized by Google

In dem Verhandlungstermin können beide Theile durch Bevollmächtigte erscheinen, welche sich aber sofort über ihren Auftrag auszuweisen haben[9]). Eine nachträgliche Bevollmächtigung hat das OAGericht zu Jena[10]) zugelassen, auch in Betreff der Form derselben erkannt, daß die für Vollmachten im Civilprozeß vorgeschriebene Formen nicht zugleich auch für das Strafverfahren vorgeschrieben seien; denn hier komme es nur darauf an, daß der Richter nur die Ueberzeugung von der Aechtheit der Vollmacht und von der Willensmeinung des Ausstellers erhalte[11]).

Der Einzelrichter eröffnet den Termin durch Pflegung der Güte, und fordert in deren Entstehung zuvörderst den Angeklagten zur Einlassung auf die Anklage, zur Erklärung über den etwa angetragenen Eid, und zur Angabe seiner Einreden und deren Beweismittel auf, desgleichen auch den Ankläger zur Einlassung auf die Einreden und zur Angabe seiner Repliken und deren Beweismittel, und zum Schluß in ähnlicher Weise den Angeklagten zur Antwort und zum Dupliciren. Der Beweis muß auch hier mit jedem Parteivorbringen sogleich angetreten werden, und später aufgefundene Beweismittel darf der Richter nicht zulassen[12]).

Der Eidesantrag ist bei den Einreden und dem weiteren Vorbringen der Parteien in gleicher Weise, wie über die Anklage, zuzulassen, kann aber nicht zu einem directen Gegenbeweis gebraucht werden. Die Parteien sind, wie rücksichtlich des über die Anklage angetragenen Eides, zur Erklärung über denselben bei Strafe, daß derselbe werde für angenommen erachtet werden,

in Thüringen Jahrg. 1854 S. 223 ff.: „Ein Fall aus dem Verfahren in Ehrenkränkungssachen", besonders S. 226.

9) Die altenburg. StPO. gibt dem Richter das Recht, die Parteien bei angemessener Geldstrafe zum persönlichen Erscheinen vorzuladen, desgl. die Novelle zur thüring. StPO. §. 91.

10) OAG.-Erkenntniß v. 26. Mai 1853 in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen, 1854. S. 355.

11) S. Blätter für Rechtspflege a. a. O. S. 396.

12) S. das OAGerichts-Erkenntniß in den Blättern für Rechtspflege Jahrgang 1854. S. 397.

Digitized by Google

aufzufordern[13]). **Gewissensvertretung** ist hier ebenfalls unzulässig.

Urkunden, welche die Parteien als Beweismittel gebrauchen wollen, können sie sofort im Termin vorlegen, und der Richter darf dem Gegner die Erklärung über deren Aechtheit bei Strafe der Anerkennung auflegen, der Gegner aber dieselbe durch Erbieten zu einem **Ablängnungseid** verweigern. Einreden, Repliken, Dupliken und sonstige Erklärungen sind zu **Protokoll** zu geben. In diesem muß der Aufforderungen an die Parteien gedacht, es vorgelesen, genehmigt und von den Parteien unterzeichnet werden[14]).

Eine etwa von einer Partei beantragte **Besichtigung** muß der Einzelrichter vornehmen.

Zum Zweck der in der Replik und in der Duplik abzugebenden Erklärungen können die Parteien **Vertagung** des Verhandlungstermins beantragen. Hierbei fragt es sich, unter welchem Präjudiz zu dem fortzusetzenden Termin vorzuladen sei, und welche Nachtheile den nicht erscheinenden Ankläger treffen können[15])? Die Ladung darf nicht unter Androhung des anzunehmenden Eingeständnisses der Einreden und des Verlustes der Repliken, sondern sie muß, weil sie nur eine wiederholte und zwar zu demselben, nur ausgesetzten und prorogirten Termin ist, ganz wie zum ersten Termin erlassen, also namentlich der Ankläger bei Verlust der Anklage anderweit vorgeladen werden.

Bei Versäumnissen der Parteien am Termin kommt nach der **altenburgischen** StPO. die in dem Forderzettel

---

13) Die **altenburg.** StPO.-Art. 333 alin. 3 bestimmt hier noch: „Die Zurückgabe des angetragenen Eides ist unzulässig, wenn der Eid über Thatsachen zu leisten ist, von welchen unter den Parteien nur derjenige, welchem der Eid angetragen worden ist, aus eigner Wahrnehmung Kenntniß hat“.

14) Die thüring. StPO. Art. 373 alin. 6 droht für die Vernachlässigung dieser Formvorschriften die Strafe der Nichtigkeit.

15) Die Frage ist nach allen Seiten hin in meiner citirten Abhandlung: „ein Fall aus dem Verfahren in Ehrenkränkungssachen“ a. a. O. S. 229—231 erörtert.

Digitized by Google

gedrohte Geldbuße zur Anwendung. Hingegen nach der thüringischen StPO. wird ausdrücklich auf die Analogie der Vorschriften im ordentlichen Strafverfahren verwiesen [16]). Darnach kann der Ungehorsame innerhalb 30 Tagen, von der Mittheilung der die Folgen seines Ungehorsams enthaltenden Entscheidung des Gerichts an, und wenn er zugleich binnen dieser Frist bescheinigen kann, daß ihm die Ladung nicht gehörig behändigt worden, oder daß er durch ein unabwendbares Hinderniß vom Erscheinen abgehalten worden, Aufhebung der gegen ihn ausgesprochenen Nachtheile bei dem Einzelrichter beantragen, und hat noch einen Recurs an das Kreisgericht. — Ueber die Zeit von welcher an der nicht erschienene Theil contumacirt werden dürfe war man früher in Zweifel; bei der früheren Meinung, daß es geschehen dürfe, wenn der Gegentheil zur Zeit des Aufrufs der Sache nicht im Termin erschienen sei, suchten sich die Anwälte in Pünktlichkeit des Erscheinens zu überbieten. Allein dies hörte bald auf, als durch ein Erkenntniß des Cassationshofes zu Jena eine die Zeit erweiternde Entscheidung gegeben wurde [17]).

Findet der Richter am Schluß der Vorverhandlung, daß die zu erkennende Strafe sechswöchentliches Gefängniß oder verhältnißmäßige Geldstrafe übersteigen würde, so sendet er die

16) Diese finden sich unter dem Abschnitt über Vorladung zur Hauptverhandlung Art. 226.

17) OAG.-Erkenntniß v. 31. März 1852 in Injuriensachen Mitlacher gegen Richter: „Die Verhandlung beginnt nach Art. 233 mit dem Aufruf der Sache und ist nach Art. 251 vor Beschließung des Urtheils zu schließen. Erscheint daher während der Verhandlung, also noch vor dem Schluß derselben, eine Partei, so kann sie nicht als ungehorsam betrachtet, sondern muß noch gehört werden. Die Androhung des Verlustes der Anklage für den Ankläger, wenn derselbe zur Zeit des Aufrufs nicht anwesend sein würde, hat keine Vorschrift der StPOrd. für sich und ist daher auch nicht gültig. Ist im Protokoll eine förmliche Schließung der Verhandlung nicht erwähnt, so muß die Eröffnung des Urtheils als solche betrachtet werden, und die Parteien können bis dahin noch erscheinen, ohne für ungehorsam angenommen zu werden". Damit stimmt überein das OAGErkenntniß v. 26. Mai 1852 sub 2. S. es in den Blättern für Rechtspflege a. a. O. S. 319.

Digitized by Google

Acten an das vorgesetzte Kreis- oder Criminalgericht zur weitern Erledigung, außerdem, oder wenn das Collegialgericht die Sache zurückgibt, weil es eine geringere Strafe für angemessen hält, hat der Einzelrichter den Prozeß weiter zu erledigen. Ist die Sachlage durch die Vorverhandlung soweit erörtert, daß sie spruchreif ist, sind insbesondere keine Beweise mehr zu erheben, und hängt die Entscheidung etwa nur noch von Eidesleistungen ab, so soll der Richter noch in diesem Termin das Erkenntniß fällen, wenn aber weitere Beweise zu erheben sind, so muß noch eine besondere Hauptverhandlung angesetzt werden[18]).

Der Vorverhandlungstermin ist nicht öffentlich zu halten, so wenig wie eine Voruntersuchung. Obgleich daran sich Handlungen, welche der Hauptverhandlung angehören, anschließen können, so würde die Oeffentlichkeit von Anfang an der Sühne unter beiden Theilen hinderlich, und die Sittlichkeit durch manche schmutzige, oft plötzlich hereingezogene Geschichte gefährdet werden.

§. 4.

Von der Hauptverhandlung.

1) Eine Hauptverhandlung vor dem Einzelgericht findet statt, wenn der Richter der Meinung ist, daß die zuerkennende Strafe sechswöchentliches Gefängniß oder verhältnißmäßige Geldstrafe nicht übersteigen würde, und wenn die Sache am Schluß der Vorverhandlung noch nicht spruchreif ist. Der Zweck der Hauptverhandlung sind die Beweisführungen und die beider-

---

18) Nach der Novelle v. 9. Dez. 1854 §. 91 kann in S.-Weimar und Schwarzburg-Rudolstadt und Schwarzburg-Sondershausen, sowie auch nach der altenburg. StPO. Art. 334 alin. 6 der Richter auf die Anklage sofort einen Termin zur Hauptverhandlung ansetzen, die Parteien dazu unter den für den Termin zur Vorverhandlung vorgeschriebenen Verwarnungen, sowie auch die Zeugen und Sachverständigen vorladen. Wenn in diesem Falle der Richter eine Erhebung von Beweismitteln für erforderlich hält, welche von dem Angeklagten oder von dem Ankläger im Termine angegeben worden sind, so kann er die Hauptverhandlung vertagen.

Digitized by Google

seitigen Deductionen zur Begründung des richterlichen Urtheils. Das Verfahren ist hier, wie im Vorverhandlungstermin ein mündliches.

Die Vorladung des Anklägers zu diesem Haupttermin erfolgt unter Androhung des Verlustes seiner Anklage, die des Angeklagten mit Bedrohung, daß auch in seiner Abwesenheit weiter verhandelt werde [19]), und die der Zeugen und Sachverständigen unter Beobachtung derselben Vorschriften, welche im sonstigen Strafverfahren maßgebend sind [20]). Die Hauptverhandlung wird mit dem Aufruf der Sache eröffnet. Ist der Ankläger weder selbst, noch durch einen Bevollmächtigten erschienen, so muß der Richter ohne weitere Verhandlung auf Verlust der Anklage erkennen; ist er aber erschienen, so geht die Beweisverhandlung vor sich. Nach einem kurzen Vortrag der Anklage und der Vorverhandlungen wird zur Beweisaufnahme geschritten, Zeugen und Sachverständige werden abgehört, Urkunden, welche in der Vorverhandlung noch nicht vorgelegt waren, werden nunmehr vorgelegt, und der Product wird zur Erklärung darüber, wie im Vorverhandlungstermin geschehen soll, aufgefordert. Darauf folgen die mündlichen Ausführungen der Parteien und der Urtheilsspruch des Richters. Ist der Angeklagte in der Hauptverhandlung weder selbst, noch durch einen Bevollmächtigten, erschienen, so wird in seiner Abwesenheit verhandelt. Es soll ihn aber der Nachtheil, der aber jedenfalls mit in die Ladung zu setzen ist, treffen, daß ihm angetragene oder zurückgeschobene Eide für verweigert, und von ihm dem Ankläger angetragene oder demselben zurückgeschobene Eide für geleistet, und von ihm anzuerkennende Urkunden für anerkannt geachtet werden.

Ist keine von beiden Parteien erschienen, so gilt der Termin nicht als circumducirt, sondern es wird auf Verlust der Anklage

19) Hier droht auch die altenburg. StPO. den Verlust der Anklage
20) Thüring. StPO. Art. 216. Die altenburg. StPO. Art. 334 läßt die Zeugen und Sachverständigen bei einen Thaler Geldstrafe und unter Hinweis auf mögliche Kostennachtheile durch Forderzettel vorladen.

Digitized by Google

erkannt. Aber in Betreff der Versäumnisse der Parteien gelten die beim Vorverhandlungstermin erwähnten Bestimmungen der betr. StPOrdnungen.

Ueber die Hauptverhandlung soll ein Protokoll, welches den überhaupt für die Protocolle der Hauptverhandlungen aufgestellten Erfordernissen entsprechen muß, aufgenommen und die darin kürzlich zu bemerkenden Vernehmungen der Zeugen und Sachverständigen den Anwesenden vorgelesen werden.

Aus dem oben aufgestellten Satz, daß für das Verfahren in Ehrenkränkungssachen die für das Verfahren vor den Einzelrichtern überhaupt aufgestellten Regeln anzuwenden seien, folgt namentlich auch die Anwendung der die Oeffentlichkeit betreffenden Bestimmungen [21]).

2) Eine Hauptverhandlung vor dem Kreis- oder Criminalgericht wird dann angesetzt, wenn dasselbe der Meinung ist, daß die Strafe in der ihm von dem Einzelrichter nach Schluß der Vorverhandlung übersendeten Injuriensache sechs Wochen Gefängniß oder eine verhältnißmäßige Geldstrafe übersteigen würde, und wenn es die Sache nicht wegen eines Ungehorsams der Parteien bei der Vorverhandlung zu einer sofortigen Entscheidung geeignet findet.

Die Vorladungen dazu werden nach den bei dem Verfahren vor den Einzelrichtern geltenden Vorschriften erlassen, und im Uebrigen wird nicht anders als dort verfahren. Sind in der Sache keine Beweise zu erheben, so werden in der Hauptverhandlung, nach einem Vortrag der Anklage und der Vorverhandlungen, sofort die Parteien mit ihren Ausführungen gehört, und darauf erfolgt die Urtheilsfällung. In Bezug auf diese, auf die Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung und die Rechts-

21) Angemessen ist die Bestimmung der altenburg. StPO. Art. 337 daß die Oeffentlichkeit außer den Fällen in denen sie gesetzlich ausgeschlossen zu sein pflegt, auch auf Verlangen des Beleidigten auszuschließen sei.

Digitized by Google

mittel gelten die Vorschriften über die vor den Kreis- oder Criminalgerichten zu verhandelnden Sachen[22]).

Auch bei diesem Strafverfahren kann ein Zwischenverfahren stattfinden, wenn von den Parteien oder Auskunftspersonen in einem Termin Ehrenkränkungen ausgestoßen werden und der Verletzte darauf einen Antrag stellt[23]). Bei dem Einzelgericht wird natürlich die Zuständigkeit vorausgesetzt, bei dem Kreisgericht unterliegt es keinem Bedenken, daß es auch, wie im gewöhnlichen Verfahren, seine Competenz auf geringere Incidentverbrechen erstrecken darf[24]).

§. 5.

Von dem Urtheil, den Rechtsmitteln und den Kosten.

1) Die beiden Prozeßordnungen haben eine Art Beweistheorie aus dem Civilprozeß entnommen, auf welche das richterliche Urtheil sich stützen soll. Da man von Seiten der Gesetzgebung den Parteien die Benutzung des Eides als Beweismittel hauptsächlich einräumen zu wollen schien, so lag auch kein Bedenken weiter vor, das urtheilende Gericht, wenn die Beweise nicht vollständig erbracht scheinen, auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid erkennen zu lassen, ja es mußte dies bei der Art der ganzen Beweisführung als eine dringende Nothwendigkeit erkannt werden. Bei einem auf die Leistung eines Eides gerichteten Erkenntniß, mag derselbe ein angetragener oder zurückgegebener, ein Diffessionseid, — oder ein Erfüllungs- oder Reinigungseid sein, ist es dem richterlichen Ermessen anheim gegeben, ob dem Erkenntniß auf Eid die endliche Entscheidung anzuhängen oder ob sie auszusetzen sei.

Geständniß, Eid oder Eidesverweigerung begründen in

---

22) Thüring. StPO. Art. 375. Altenburg. StPO. Art. 335.

23) Vgl. meine Abhandlung im 3. Heft des III. Bandes dieser Zeitschrift Nr. XV. „Von der s. g. Störung des Gerichtsfriedens".

24) Novelle zur thüring. StPO. Art. 375 für S. Weimar und Schwarzburg §. 92. Altenburg. StPO. Art. 335 i. f.

Digitized by Google

Ehrenkränkungssachen vollständigen Beweis der dabei in Frage stehenden Thatsachen und zwar nach den Regeln des Civilprozesses. Dies ist der eine Bereich der ausdrücklich gestatteten Analogie des Civilprozesses. Bei Eröffnung eines auf Eid lautenden Erkenntnisses ist sofort und mündlich ein Tag zur Eidesleistung unter der Verwarnung, daß der Eid bei dem Ausbleiben des Schwurpflichtigen für verweigert gelten soll, anzusetzen. Versäumnisse der Schwurpflichtigen werden auf dieselbe Weise, wie oben bei dem Vorverhandlungstermin angegeben wurde, purgirt. Den im Schwurtermin nicht erscheinenden Gegner des Schwurpflichtigen trifft kein Rechtsnachtheil. Der Schwörungstermin wird in einer öffentlichen Sitzung des Gerichts abgehalten und in demselben ist auch das etwa ausgesetzt gewesene endliche Erkenntniß zu ertheilen.

Im Betreff des Erkenntnisses überhaupt gelten die Vorschriften über das Strafverfahren vor dem Einzelrichter im Allgemeinen. Dieselben enthalten freilich keine Bestimmung, daß der Richter seiner Entscheidung auch Gründe beigeben müsse. Wahrscheinlich hatte man das summarische Verfahren im Auge, welches nicht gestatte, daß der Richter seiner Entscheidung, die nur in einer kurzen Unterbrechung der Verhandlung gegeben werden müsse, die Sache nur verzögernde Gründe beigebe, zumal öfter mehrere derartige Termine hintereinander abzuhalten seien. Allein die Angabe von Entscheidungsgründen scheint einestheils bei der überwiegenden Formalität des Verfahrens, anderntheils auch wegen der häufig vorkommenden Berufungen ganz nothwendig. Eine Ausarbeitung derselben ist freilich zwischen einer Verhandlung nicht möglich, daher genügt bei der Eröffnung der Sentenz entweder eine kurze mündliche Angabe der Gründe, oder eine Verweisung auf die Acten, in welche jedenfalls eine Ausarbeitung des Urtheils gebracht werden sollte.

2) Die Rechtsmittel gegen das Urtheil in Injuriensachen sind die im Strafverfahren vor dem Einzelrichter bezüglich dem Kreis- oder Criminalgericht überhaupt gestatteten; die Appellation nach allen Seiten und aus Richtigkeitsgründen wird gegen

Digitized by Google

Erkenntnisse des Einzelrichters bei diesem eingewendet und geht dann zur Entscheidung an das Kreisgericht, und wenn dieses in erster Instanz erkannt hat, steht die Appellation an den Appelhof zu. Gegen die Entscheidung in der Appellinstanz darf nur noch das Rechtsmittel der Richtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof erhoben werden[25]).

3) Ueber die Kosten des Verfahrens in erster Instanz und in der Instanz der Rechtsmittel ist nach den Regeln des Civilprozesses zu entscheiden. Dies ist der andre Fall der gesetzlich gestatteten Analogie des Civilprozesses[26]). Eine zweckmäßige Bestimmung[27]) ist, daß die Kosten, wenn im ersten Termin die gütliche Beilegung der Sache von dem Kostenpunkt abhängig ist, soweit sie zur Verrechnung für die Staatskasse bestimmt sind, von dem Gericht nach seinem Ermessen ganz oder theilweise außer Ansatz gelassen werden können, denn es kommt in der That sehr häufig vor, daß die Parteien sich gegenseitig verzeihen, aber daß doch keine die Kosten tragen will, und daß sie es dann lieber auf den Ausgang der Sache ankommen lassen wollen. Sowohl diese Bestimmung, als auch die, daß Anwaltskosten mit Ausnahme derer für die Anklageschrift in erster Instanz nicht erstattet werden, haben sehr zur Verminderung der Injurienprozesse beigetragen.

Von den neueren Strafprozeßordnungen hat nur noch die sächsische ein Verfahren bei angezeigten Beleidigungen, Verläumdungen, welches aber von dem oben geschilderten ganz abweichend und theilweise auf ein anderes Prinzip gegründet ist,

---

25) Thüring. StPO. Artt. 345—348. 375 alin. 4. Altenburg. StPO. Artt. 334. 302—305. 335.

26) Thüring. StPO. Art. 377. Altenburg. StPO. Art. 338.

27) Der Novelle v. 9. December 1854 §. 93 für S.-Weimar und Schwarzburg zur thüring. StPO. Art. 377 und der altenburg. StPO. Art. 338 alin. 3.

Digitized by Google

aufgenommen. Da es gleichfalls ein besonderes Verfahren ist, muß es hier noch Erwähnung finden.

Das Verfahren wegen Beleidigungen und Verläumdungen, deren Begriff und Grenzen mit denen der thüringischen Strafgesetzbücher fast ganz übereinstimmen[28]), findet vor dem Einzelrichter, nach den für das ordentliche Strafverfahren allgemein geltenden Vorschriften, soweit nicht durch das nachstehende Injurienverfahren Abänderungen getroffen worden sind, statt[29]). Das Einschreiten des Einzelgerichts setzt eine Anzeige oder Rüge des Verletzten oder des sonst gesetzlich dazu Berechtigten voraus. Dem Richter stehen vier Arten des Verfahrens offen, und die Wahl derselben ist ihm nach der Sachlage überlassen. Er kann, wenn er auf Grund der Anzeige eine Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen oder eine Geldbuße bis zu 150 Thaler für eine ausreichende Ahndung hält, folgende Wege einschlagen:

1) Er kann ohne weitere Untersuchung, unter der Voraussetzung, daß eine glaubhafte Anzeige vorliegt, ein Strafmandat oder Strafpräcept an den Denunciaten ertheilen, und muß darin das Vergehen, die Strafe nebst dem einschlagenden Strafgesetz, den Betrag der Kosten und die Bemerkung verzeichnen, daß der Bezüchtigte, wenn er sich durch die Strafverfügung beschwert finden sollte, binnen zehntägiger Frist vom Tage der Zustellung an, seine Einwendung dagegen schriftlich oder mündlich anzubringen habe, daß aber, falls in dieser Frist eine Einwendung nicht erfolge, die Strafverfügung Rechtskraft erlangen und gegen ihn vollstreckt werden würde.

Erfolgt innerhalb jener Frist eine Einwendung, so tritt das Strafpräcept außer Kraft, und das weiter geordnete Verfahren ein; außerdem wird die Strafverfügung vollstreckbar. Gegen Ablauf der zehntägigen Frist kann der Bezüchtigte, wenn er unabweisbare Hindernisse nachweist, binnen zehn Tagen von Wegfall derselben Restitution nachsuchen, worüber der Einzelrichter entscheidet. Gegen dessen Entscheidung ist der Einspruch gestattet.

28) Sächs. StGB. Art. 235. 237. 239. 241.

29) Sächs. StPO. Artt. 370. 358—369.

Digitized by Google

2) Er kann den Bezüchtigten zur Vernehmung auf einen bestimmten Tag unter der Verwarnung schriftlich vorladen, daß das Gericht ihn im Fall seines Ausbleibens in dem anberaumten Termin der Rüge für geständig erachten und demgemäß wider ihn erkennen würde.

3) Bei dieser Vorladung kann auch der Richter dem Denunciaten die Rüge abschriftlich zufertigen und ihm die schriftliche Beantwortung derselben unter der Verwarnung nachlassen, daß, wenn er weder die Rüge bis zu dem Vernehmungstermin schriftlich beantworten, noch auch in diesem erscheinen werde, sein Zugeständniß angenommen und wider ihn erkannt werden würde. Hierbei ist also eine eventuelle Vorladung zum Vernehmungstermin beizufügen; auch darf der Richter, da ihm verstattet ist, vor weiteren Erörterungen die Aussöhnung der Parteien in einem Termin zu versuchen, eventuell mit dem Sühnetermin den Vernehmungstermin verbinden [30]).

Der Bezüchtigte kann eine Verlängerung der Frist zur Beantwortung der Rüge, und eine Wiedereinsetzung gegen Versäumniß am Termine wegen unabweisbarer Hindernisse, binnen zehntägiger Frist nach deren Wegfall, nachsuchen. Hierüber entscheidet der Einzelrichter, welcher auch Erörterungen über die Behinderungsursachen vornehmen, die Zeit ihres Wegfalls feststellen, und hierbei auf Bestärkungseide erkennen kann. Gegen dieses Erkenntniß ist ein Einspruch gestattet. Der Nachsuchende kann aber auch, unerwartet der Entscheidung über das Gesuch, binnen zehn Tagen Einspruch gegen das Straferkenntniß selbst einwenden.

Der Richter kann, wenn die schriftliche Erklärung ungenügend oder unklar erscheint, eine anderweite Auslassung des Angeschuldigten unter Wiederholung der Verwarnung erfordern, oder ihn nunmehr unbedingt zum Termin, unter der oben erwähnten Verwarnung, vorladen.

4) Der Richter kann aber endlich auch einen besondern

30) Wenn eine Aussöhnung der Parteien zu Stande kommt, so sind von den Gerichtskosten nur die Vorläge und Separatkosten in Ansatz zu bringen. Sächs. StPO. Art. 373.

Digitized by Google

Termin zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung anseßen, so lange er noch nicht ein Erkenntniß in der Sache gegeben hat. Diese ist nach den allgemeinen Vorschriften über das Verfahren vor den königl. sächsischen Einzelgerichten abzuhalten, nur ist die Zulassung dritter unbetheiligter Personen, wenn der Beleidigte den Ausschuß der Oeffentlichkeit verlangt, versagt. —

In Bezug auf die Beweisaufnahme soll sich der Richter auf die angezeigten Beweismittel beschränken, unbeschadet des Rechts, von Amtswegen die zur Prüfung ihrer Glaubwürdigkeit ihm nöthig erscheinenden Erörterungen anzustellen. Der Richter kann die Entscheidung über den thatsächlichen Beweis einer Beleidigung oder Verläumdung von einem Eide des Angeschuldigten oder des Denuncianten abhängig machen; dessen Ableistung ist bis nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses zu verschieben.

Dieses sächsische Verfahren in Injurien hat manche Einzelheit mit dem früher in S. Weimar üblichen, oben geschilderten Verfahren gemein, allein es ist ein wahres mixtum compositum; bald kann es Mandatsverfahren, bald ein Untersuchungsprozeß, bald eine mündliche oder auch schriftliche Vernehmung, bald eine Hauptverhandlung u. s. w. sein, auch ein Stück Verhandlungsmaxime ist in der Bestimmung, daß der Richter nicht über die von den Parteien angegebenen Beweise hinausgehen dürfe, zu finden. Kurz es fehlt darin ganz an einem bestimmten Prinzip; man hat zwar die Nothwendigkeit der Verhandlung zwischen Parteien und die Consequenzen davon gefühlt, aber ist aus Besorgniß, von dem im Art. 1. der Strafprozeßordnung an die Spitze gestellten Untersuchungsprinzip abzuweichen, so zu sagen um dieses und die Verhandlungsmaxime herumgegangen. Auf die Einzelheiten kann hier nicht weiter eingegangen werden. Will man aber ein besonderes Verfahren für Ehrenkränkungssachen einführen, so scheint uns das oben geschilderte, wenn auch das Untersuchungsprinzip verlassen werden muß, doch das allein dem Wesen der Injurien und der Geschichte ihrer Verfolgung entsprechende zu sein.

Digitized by Google

XXI.

Das Institut des bäuerlichen Gutsanschlags ꝛc.

Ergänzung

der Darlegung des Hr. Adv. Bopp in Bd. 4. Nr. XIV.

Von

Dr. M. Schäffer.

In der Lehre von den Gutsübergabsverträgen bieten sich, in Ermangelung bestimmter, das Institut in allen Beziehungen regelnden, namentlich den rechtlichen Charakter desselben und das Verhältniß dritter bei dem Gutsanschlag betheiligter Personen zu dem Gutsübernehmer feststellenden gesetzlichen Vorschriften, so manche streitige Punkte dar, daß desfallsige Mittheilungen von Gerichtsaussprüchen, namentlich oberster Gerichte, sehr erwünscht sein müssen, da dieselben dazu beitragen, eine gleichförmige Rechtsprechung zu begründen und hierdurch einer zu kostspieligen Prozessen Veranlassung gebenden Rechtsunsicherheit in Lehren, welche durch die Gesetzgebung vernachlässigt sind, möglichst abzuhelfen.

Es möge darum die dankenswerthe Darlegung des Herrn Adv. Bopp im vorigen Hefte durch eine kleine Nachlese hier ergänzt werden, begleitet mit der dringenden Bitte an die pract. Juristen des Landes, zur Vervollständigung dieser Mittheilungen ihrerseits mitzuwirken. Erwünscht wäre besonders die Einsendung

Digitized by Google

oberstrichterlicher Entscheidungen, welche die Frage erörtern: kann der Gutsübernehmer wegen verheimlichter, also von ihm nicht mitübernommener, auch nicht auf dem Gute haftender, älterlicher Schulden von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, wenn die Eltern selbst nicht im Stande sind, dieselben zu befriedigen? welche Mittel und Wege stehen den Gläubigern zu Gebote, um zu ihrem Rechte zu gelangen? in wieferne werden die mit Erbgeld im Gutsübergabsvertrag bedachten Geschwister des Gutsübernehmers davon berührt? können die Gläubiger auf Grund einer zu ihren Gunsten im Gutsabtretungsvertrag gemachten Bestimmung den Gutsübernehmer auf Zahlung der Schulden geradezu belangen? wird den Geschwistern des Gutsübernehmers durch die Bestimmung des Gutsübergebers, daß gewisse Theile des Anschlagspreises als Erbgeld an sie zu zahlen sind, ein unwiderrufliches Recht darauf erworben? müssen sich die Geschwister des Gutsübernehmers, wenn derselbe mehr älterliche Schulden bezahlt hat, als ihm deren überwiesen worden waren, einen verhältnißmäßigen Abzug am Erbgeld gefallen lassen? kann der Gutsübergabsvertrag wegen Undankbarkeit des Gutsübernehmers oder wegen Nichterfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten widerrufen werden[1])?

---

1) Erörterungen über die Verbindlichkeit des Gutsübernehmers zur Zahlung älterlicher Schulden rc. finden sich zum Theil in Verbindung mit Rechtsfällen, bei Pfeiffer pract. Ausführ. Bd. IV. S. 151 ff. und Bd. VIII. S. 336 ff. vgl. mit Rechtsf. Nr. 77; Strippelmann bemerkensw. Entsch. des OAG. in Cassel Bd. IV. 1. Abth. Nr. XVI. Bd. V. 1. Abth. Nr. II. Runde über die erfrühte Erbfolge in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. VII. Nr. I. Beseler von den Erbverträgen II. Bd. 2. Abth. §. 23 (u. 1. Abt. §. 2. insbes. S. 75 ff.). Puchta von der bäuerlichen Gutsabtretung Nr. XIV ff. insbes. XX. und Anderen, welche von den genannten Schriftstellern citirt sind. — Sehr räthlich wäre es, wenn bei gerichtlicher Ausfertigung oder Confirmation eines Gutsabtretungsvertrags entweder der Gutsübernehmer sich bestimmen ließe, für alle Schulden des Gutsübergebers, welche etwa noch außer den besonders angegebenen vorhanden sein sollten, sich haftbar zu erklären, vorbehaltlich seines Ersatzanspruchs an die, zu dem Ende zum Gutsan-

Digitized by Google

I.

Rechtliche Natur des Gutsübergabsvertrages. Abtretung eines Gesammtvermögens an den künftigen Erben: Widerruf einer solchen Abtretung wegen Undankbarkeit des Bedachten [2]).

Sehr reiche Landleute hatten ihr gesammtes Vermögen, in Immobilien und vorzugsweise in bedeutenden Capitalien bestehend, an ihren einzigen Sohn, als ihren künftigen Erben, abgetreten und sich in dem schriftlich abgeschlossenen Vertrage nur reservirt, daß sie ihr Sohn bis zu ihrem Lebensende alimentire und stets mit kindlicher Liebe und Anhänglichkeit behandle, was der Sohn gerne zusicherte. Auch hatten sie für den Fall, daß der Sohn die übernommene Alimentationsverbindlichkeit nicht ganz streng und gewissenhaft erfüllen werde, den Bezug der Revenüen von einem kleineren Theile der Capitalien anzusprechen sich vorbehalten. Einige Jahre nachher erhob der Vater gegen seinen Sohn eine Revocatorienklage, indem er behauptete, derselbe habe in jeder Hinsicht seine Kindespflicht gegen ihn verletzt und sich höchst undankbar gegen ihn gezeigt, so daß aller Grund vorhanden sei, die Vermögensabtretung, welche als eine gewöhnliche Schenkung betrachtet werden müsse, zu widerrufen. Der Beklagte widersprach der factischen und rechtlichen Begründung der Klage und behauptete namentlich, daß, da der in Rede stehende Vertrag ein Gutsübergabscontract sei, oder doch als ein Erbvertrag, als ein solcher, der eine anticipirte Erbfolge begründe und enthalte, sich charakterisire, ja wegen der gegen die Aeltern übernommenen Verbindlichkeiten nicht einmal für ein rein lucratives Geschäft

---

schlag zuzuziehenden Geschwister, oder wenn nach Umständen eine öffentliche Ladung an unbekannte Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen erginge.

2) Dieser Rechtsfall, dessen schon in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. Bd. VIII S. 263 ff. gedacht worden ist, wird der Vollständigkeit wegen hier nochmals aufgenommen; die gegenwärtige Mittheilung ist indessen hier und da ausführlicher und enthält einige, die frühere Entwickelung in Anmerkungen ergänzenden Zusätze.

Digitized by Google

gelten könne, die römisch=rechtlichen Grundsätze von der Schenkung hier keine Anwendung finden dürften.

In dem bei dem Hofgericht zu Gießen über diesen Fall (1840) erstatteten Gutachten wurde folgende Ansicht entwickelt:

Ein Gutsübergabsvertrag im eigentlichen Sinne des Wortes[3]) kann hier nicht angenommen werden, da ein solcher in der Ueber=

---

3) Bei dem Gutsübergabsvertrag ist das Charakteristische, daß die Ueberlassung mit Beziehung auf das Erbrecht erfolgt, weshalb auch die Gutsanschlagssumme, wenn eine solche, wie gewöhnlich, im Uebergabsvertrag bestimmt ist, nach Abzug der Schulden dem Gutsübernehmer und dessen Geschwistern als Erbportion, bezw. als Abfindung vom Gute, zugewiesen wird, soweit nicht der Uebergeber einen kleinen Theil davon als s. g. Nothgeld zur freien Disposition sich vorbehält. Durch eine solche Gutsübergabe werden, wie Gerber (deutsch. Privatrecht 5. Aufl. §. 254) sich ausdrückt, die rechtlichen Wirkungen des Todes künstlich anticipirt, weil diejenige Lebenskraft erloschen ist, welche das Bedürfniß der Gutswirthschaft erfordert; da das Recht den Erbschaftsantritt erst an den wirklichen Tod anknüpft, so soll er durch ein Rechtsgeschäft schon dann herbeigeführt werden, wenn ein in Betreff der Verwaltung des Gutes dem Tod gleichstehender Zustand eintritt. Man kann daher, nach Gerber, von der Erfrühung der Wirkungen eines erbschaftlichen Gutsantrittes sprechen, nicht aber von einer erfrühten oder anticipirten Erbfolge, weil damit die unhaltbare Idee einer Universalsuccession verbunden werden könnte. Das Rechtsgeschäft der Guts=Abtretung und Uebernahme charakterisirt Gerber folgendermaßen: Es ist nicht blos eine Eigenthumsübergabe, weil zugleich eine Reihe von Verbindlichkeiten übertragen wird; der Gegenstand desselben ist aber auch kein Erbrecht, denn nicht ein Vermögen, sondern nur einzelne Sachen werden abgetreten; in diesem bestimmten Falle ist es auch keine Schenkung, weil die Absicht der Bereicherung nicht das hauptsächliche Motiv ist; es ist die Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte — Tradition, Cession, Delegation, Versprechen — zu einem gemeinschaftlichen Acte, der in seiner Einheit einen neuen Rechtscharakter durch die Absicht erhält, welcher er dienen soll, nämlich „die Erfrühung der Wirkungen eines erbschaftlichen Gutsantritts“. Hiermit stimmen im Wesentlichen überein unter Anderen: Gaupp in Richters krit. Jahrbüchern 2. Jahrg. 1838. S. 421 f.; Runde a. a. O.; Wolff d. Pr. Recht 1. Bd. §. 204; Mittermaier d. Pr. Recht 7. Aufl. §. 290; Walter d. Pr. Recht §. 528. namentlich N. 4. Insbesondere sagt Runde §. 1:

Digitized by Google

lassung eines Bauerngutes oder überhaupt eines ländlichen Besitzthums von Seiten des bisherigen, aus Altersschwäche oder aus anderen Gründen zu der ferneren Bewirthschaftung des Gutes nicht mehr ganz fähigen Besitzers an eines seiner Kinder, und zwar regelmäßig gegen eine bestimmte, unter dem wahren Werthe des Gutes bleibende, Anschlagssumme, welche ganz oder theilweise dem Uebernehmer, bezw. dessen Geschwistern, als Erbtheil zugewiesen wird [4]), besteht, (Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. IV, Nr. VIII. §. 1. Puchta, bäuerliche Gutsabtretung §. 2. 3.) im vorliegenden Falle aber Kläger seines gesammten Vermögens, dessen Hauptbestandtheil Capitalien bilden, ohne allen Werthsanschlag zu Gunsten seines Sohnes sich begeben hat.

Eine weitere Frage ist es: ob hier von einem Erbvertrage, in Folge dessen eine Erbschafts-Anticipation stattgefunden hat, oder nur von einer donatio omnium bonorum die Rede sein kann?

Der Ausdruck „Erfrühung der Nachfolge auf den Todesfall“ soll „keine besondere Art der success. mortis causa, sondern durch den Zusatz anticipata eine Rechtsveränderung bezeichnen, die zwar unter Lebenden vorgeht, aber in der Beziehung des Nachfolgers als Erben eine eigene, von anderen Fällen des Vermögensüberganges unter Lebenden verschiedene Bedeutung erhält“. Auch Beseler in der Lehre von den Erbverträgen Bd. II. 2. Abth. §. 23, so wie in seinem System des gem. deutsch. Pr. Rechts III. Bd. §. 188. bezeichnet die Gutsabtretung als ein selbstständiges deutsches Rechtsinstitut; er warnt aber davor, dieselbe unter dem Gesichtspunkt einer erfrühten Erbfolge darzustellen, weil sonst die Consequenz erheischen würde, daß die Ansprüche der Gläubiger, der abzufindenden Geschwister u. s. w. ganz so zu behandeln seien, als wenn es sich wirklich um eine Erbschaft handle, was die Anhänger jener Lehre doch nicht wollten. — Nach dem bisher Bemerkten ist ein Gutsübergabsvertrag blos darum, weil dem Gut ein gewisser Werthsanschlag darin gegeben worden ist, noch nicht nach den Grundsätzen vom Kaufvertrag zu beurtheilen. Vgl. Beseler a. a. O. S. 212 ff.

4) Es kann auch sein, daß die Anschlagssumme, nach Abzug eines dem Gutsübernehmer davon zugewiesenen Betrags ganz oder größtentheils an den Uebergeber zu entrichten ist, weil sich derselbe vorbehalten hat, nach Berichtigung etwaiger Schulden und nach Bestreitung eigner Bedürfnisse den Rest als Erbgeld den Geschwistern des Gutsübernehmers selbst zu verabfolgen.

Digitized by Google

Der Erbvertrag oder richtiger Erbeinsetzungsvertrag begründet ein auf Uebereinkunft beruhendes Erbrecht. Er setzt demnach eine künftige Erbschaft voraus, d. h. er ist ein (in der Regel lucratives) *negotium mortis causa*, durch welches die künftige Beerbung bestimmt wird. (Hesse im rhein. Museum 2. Jahrg. S. 217. Eichhorn Einl. in das d. Pr. Recht 3. Ausg. §. 340. Beseler Lehre von den Erbverträgen Bd. II. §. 8. Mittermaier deut. Privat-Recht. 6. Aufl. §. 453). Denn die dabei wesentlich beabsichtigte Vermögensveränderung — sagt Hesse, — Delation des Nachlasses an den Vertragserben, tritt nicht eher ein und kann nicht eher eintreten, als mit dem Tode desjenigen, über dessen Erbschaft contrahirt wird. In Folge einer solchen Erbeinsetzung durch Vertrag repräsentirt der Erbe als Universalsuccessor den Erblasser in allen Vermögensbeziehungen, was eben den Erbvertrag von der donatio inter vivos sowohl, als von der, die Intestaterbfolge nicht ausschließenden, vielmehr als codicillus ab intestato zu behandelnden donatio mortis causa, hätten die Schenkungen auch ein ganzes Vermögen zum Gegenstand, wesentlich unterscheidet, (Hasse a. a. O. 1. Cap. §. 4. S. 199 ff. Beseler a. a. O. §. 8. Mühlenbruch in der Fortſ. des Comm. v. Glück Bd. 38. S. 61 f. Note 45 und S. 74. Note 64). Im altdeutschen Rechte verhielt sich zwar die Sache anders, weil in Folge der Auflassung, welche nicht blos bei Veräußerungen von Immobilien, sondern auch bei Vergabungen von Todeswegen stattfand, der Vertragserbe alsbald in das Mit- oder Gesammt-Eigenthum des ihm zugedachten Vermögens aufgenommen, oder der Uebergebende doch mehr oder weniger in seiner freien Veräußerungsbefugniß beschränkt wurde, wie überhaupt dem altdeutschen Rechte eine Repräsentation des Erblassers durch den Erben fremd war. Indessen veranlaßte im späteren Rechte der Umstand, daß der Tradent bei der Uebergabe die Befugniß sich vorbehielt, frei über die Vertragsobjecte zu verfügen, allmählig, daß nur die Rechte des Erben auf den Bedachten übertragen wurden, derselbe also nur auf den Nachlaß des Uebertragenden Ansprüche hatte, so wie

Digitized by Google

auf die Verbindlichkeit des Vertragserben, mit dem Nachlasse die Schulden zu decken, anerkannt ward. (S. die Entwickelung von Beseler Erbr. Thl. I. §. 6. 9. 10. 11. Mühlenbruch a. a. O. S. 1—11. Maurenbrecher d. Pr. Recht II. Abth. §. 561 f.). So bildete sich dann die heutige Lehre von den Erbverträgen aus, nach welcher dieselben nur die künftige Verlassenschaft einer Person zum Gegenstand haben. Es kann zwar sein, daß die Succession noch bei Lebzeiten des Promittenten stattfindet, indem dieser sein gesammtes Vermögen noch vor seinem Tode an seinen Vertragserben abtritt. Aber es läßt sich dieses doch immer nicht als eine wahre Erbfolge betrachten, weil der Grundsatz: viventis nulla est hereditas auch bei den Erbverträgen gilt, daher nur die Succession in den Nachlaß eines Verstorbenen eine Repräsentation des Erblassers durch den Erben zur Folge hat [5]). Will man aber einer solchen noch bei Leb-

5) Die Bezeichnung „anticipirte Erbfolge" will übrigens auch Runde a. a. O. (§. 9 a. E.), nicht so verstanden wissen, als liege in der Idee der **successio anticip.** eine Ausnahme von dem Satze: **viventis nulla est hereditas.** Denn er sagt §. 10 wörtlich: „Daher ist denn auch die **success. anticip.** nur eine Singularsuccession, keine **per universit. succ.**, auch wenn der Gegenstand das ganze Vermögen des Abtretenden ist; denn in der Regel wird nur die **hereditas**, der Nachlaß eines Verstorbenen, juristisch als eine **universitas** in dem Sinne angesehen, daß der Nachfolger den Vorweser vollständig repräsentirt und alle Schulden, wie die Forderungen von selbst auf ihn übergehen". Die Erfrühung der Erbfolge durch Gutsabtretung ist, wie Runde a. a. O. ebenfalls hervorhebt, eine Vermögensübertragung unter Lebenden, weßhalb das Recht aus dem Geschäft auf die Erben des Annehmers übergeht, obgleich dieser vor dem Abtretenden stirbt. Wenn auch, bemerkt Runde ganz richtig, einzelne Bestimmungen des Gutsübergabsvertrags den Umfang des Rechts während der Lebenszeit des Abtretenden beschränken und der Anfall dessen, was dieser sich vorbehalten hat, erst auf den Zeitpunkt seines Todes gestellt ist, so soll das Geschäft doch auch hierin nicht erst durch den Tod, sondern sofort unter Lebenden seine feste Bestimmung und entschiedene Dauer erhalten. Anders insoferne bei dem Erbeinsetzungsvertrag, als dieser zwar auch einen einseitigen Widerruf ausschließt, aber (nach der gewöhnlicheren und wohl auch begründetern Ansicht; s. Beseler Erbvertr. II. 1. §. 8. 10. bes. S. 273, Ent-

Digitized by Google

zeiten des Promittenten stattfindenden Vermögensabtretung den Namen einer anticipirten Erbfolge geben, so ist gegen diese Bezeichnung zwar nichts zu erinnern, jedoch eine practische Folge daran nicht zu knüpfen [6]). Wenn insbesondere nach (Runde von der Leibzucht S. 311. 354. Pfeiffer a. a. O. S. 123. 125 und 164 [7]) eine Gutsabtretung, welche ohne allen Werth-

---

scheidungen des OAG. zu Jena und Dresden für und wider siehe bei Emminghaus Pand. des sächs. Rechts S. 636 ff.) das Ueberleben des Vertragserben zur Transmission der Rechte desselben auf seine Erben erfordert. Letzteres gilt um so mehr von der donat. mortis causa, als dieselbe nach röm. Recht von dem Schenker sogar widerrufen werden kann, wiewohl ihr insoferne, als sie die Natur eines Erbvertrages hat, der Charakter der Unwiderruflichkeit deutschrechtlich nicht ohne Grund vindicirt wird. S. Schirach im Arch. für C. P. Bd. II. §. 11. 12.

6) So sagt namentlich auch Gaupp a. a. O.: „Der Name anticipirte Erbfolge für dieses Geschäft ist ziemlich gleichgültig. — Genug, daß die Absicht der Parteien bei diesem Geschäft durchaus nicht auf Abschließung eines eigentlichen Kaufvertrags gerichtet ist, vielmehr die Elemente des Familienrechts darin überwiegend sind; und weiter soll durch die s. g. antizipirte Erbfolge nichts angedeutet werden". Indessen glaubt namentlich Runde a. a. O., daß die der Entstehung und geschichtlichen Entwickelung des deutschrechtlichen Institutes der Gutsabtretung entsprechende Bezeichnung „anticipirte Sucession" in ihrer richtigen Auffassung weit angemessener sei und weit besser manche Wirkungen des Rechtsgeschäftes erkläre, als der Name eines Freundes- oder Kindes-Kaufs, oder die Fiction einer Schenkung.

7) Runde in der Zeitschr. für d. R. VII. 1. §. 11 sagt: „Der Vermögensübergang durch die success. anticip. ist ein unentgeltlicher, eine Liberalität, weil kein Aequivalent dafür gegeben wird. Auch der Vorbehalt einzelner Vermögensstücke, welche nicht mit übertragen werden, des Nießbrauchs, die Verpflichtung des Empfängers, dem Geber Alimente aus dem übertragenen Gute zu entrichten, dritten Personen eine Abfindung davon zu zahlen, Schulden zu übernehmen, gibt ihr nicht nothwendig den Charakter eines onerosen Geschäftes, sondern mindert nur den Umfang der Liberalität, wie dann alles dieses auch mit einer Schenkung verbunden werden kann. Von einer Rescission des Geschäftes aus dem Grunde einer Verletzung über die Hälfte kann also hier gar nicht die Rede sein. — Aber nicht jede Liberalität ist eine Schenkung, nicht jeder Gewinn stellt ein Geschäft unter diesen Gesichtspunkt. Nur wo Freigebigkeit von Seiten des

Digitized by Google

anschlag, oder höchstens nur mit Vorbehalt eines lebenslänglich zu entrichtenden Auszugs geschieht, oder im Falle eines Werthanschlags dem Gutsübernehmer doch die Anschlagssumme zu Gute kommen läßt, bald eine anticipirte Erbfolge, bald eine Schenkung enthalten soll, je nachdem dabei die Eigenschaft des Uebernehmers als Erben wesentlich berücksichtigt wurde, oder die Gutsabtretung ohne eine solche Rücksicht, aus bloßer Freigebigkeit, erfolgte, und wenn jene Rechtsgelehrten nur im letzteren Falle den über Schenkungen geltenden Grundsätzen Anwendung zugestehen wollen, so ist diese Unterscheidung, weil sie auf einem inneren Grund beruht und den deutschrechtlichen Charakter der Gutsabtretung hervortreten läßt, zwar keine unberechtigte, aber doch keine nothwendige, eine verschiedenartige

---

Gebers und Bereicherung auf Seiten des Empfängers vorherrschend in der Absicht der Parteien liegen, als Hauptzweck gewollt sind, ist Schenkung im eigentlichen Sinne anzunehmen. In der succ. mort. caus. anticip. ist bei dem Abtretenden als Hauptgrund keine Freigebigkeit anzunehmen, sondern entweder der Zweck, sich aus eignen persönlichen Rücksichten der Verwaltung des Vermögens zu entziehen, sich zur Ruhe zu setzen, oder seinen Kindern durch Vorauszahlung auf ihren künftigen Erbtheil die Mittel zu einer Heirath oder selbstständigem Erwerbe zu geben, oder durch deren Abschichtung sich Freiheit zur Eingehung eines Vermögensverhältnisses anderer Ehe zu geben. Der Empfänger wird als Nachfolger auf den Todesfall gedacht, dessen Eintreten nur erfrüht werden soll; nicht seine Bereicherung, sondern der Vorausempfang dessen, was er sonst erst auf den Todesfall des Gebers erhalten würde, ist beabsichtigt. Der Erfolg kann Bereicherung sein, die aber von vorneherein unsicher ist, — in keinem Fall erscheint sie als Hauptgesichtspunkt" u. s. w. Hiernach soll, wie Runde lehrt, bei Uebertragungen durch die succ. mort. c. antic. nicht, wie bei Schenkungen, die gerichtliche Insinuation bei einem Gegenstande über 500 solidi geboten sein, auch der Widerruf wegen Undankbarkeit oder nicht erfüllten modus nicht stattfinden können. — Vgl. auch Beseler Erbverträge Bd. II. S. 312 ff. Andere Rechtslehrer sprechen sich dagegen dahin aus, daß eine solche Gutsabtretung, obwohl ein eigenthümlich deutsches Institut, im Allgemeinen doch unter den Begriff einer donatio sub modo falle. Wolff d. Pr. Recht §. 204. Beseler Erbverträge III. S. 200 f. Hillebrand Lehrb. d. Pr. Rechts §. 229, S. 701 Note 13. Auch Eichhorn d. Pr. Recht §. 345. scheint sich dieser Ansicht zuzuneigen.

Digitized by Google

rechtliche Beurtheilung des Rechtsgeschäftes gebietende. Denn mag man auch nicht mit Mühlenbruch a. a. O. S. 73 so weit gehen, auf einen Erbvertrag, durch welchen der Erblasser ohne alles Aequivalent zu Gunsten des Vertragserben über sein Vermögen verfügt, wegen des Umstandes, daß der Erwerbsgrund für den Vertragserben ein lucrativer sei, die Anwendbarkeit aller gesetzlichen Bestimmungen über Schenkungen anzunehmen, so steht doch nichts Erhebliches entgegen, eine alsbaldige unentgeltliche Vermögensübertragung, wenn sie auch die Anticipation der Erbfolge bezweckt, nach den Grundsätzen von Schenkungen unter Lebenden zu beurtheilen, da der Empfänger diesen Vermögensübergang immer einer Liberalität des Uebertragenden zu verdanken, bezw. auch der künftige Erbe keinen Rechtsanspruch auf vorzeitige Vermögensabtretung, am wenigsten auf Abtretung des ganzen Vermögens hat. Allerdings enthält die Erfrühung der Erbfolge keine Schenkung im eigentlichen Sinne des Wortes; aber es soll auch nur behauptet werden, daß sie insoferne, als sie einen lucrativen Erwerb begründe, einer Schenkung gleich stehe und daß daher auch die von der Schenkung geltenden Grundsätze eintretenden Falls auf sie anzuwenden seien. — Ob und inwieferne übrigens ein Erbvertrag und die demselben folgende vorzeitige Vermögensabtretung unter Umständen eine getrennte Beurtheilung als verschiedene Rechtsgeschäfte zulassen, ob namentlich die Revocation des letzteren Actes immer auch die des ersteren zur Folge hat, kann hier, wo lediglich alsbaldige Vermögensüberlassung Gegenstand eines in Form eines Verpflegungscontractes abgeschlossenen Vertrages war, unerörtert bleiben.

Betrachtet man nun von diesem Gesichtspunkt aus den mit der Klagschrift übergebenen, von beiden Theilen anerkannten Vertrag, so kündigt sich derselbe zwar nicht mit ausdrücklichen Worten, aber doch seinem ganzen Inhalte und seiner Tendenz nach als ein Schenkungs- oder doch als ein nach den Grundsätzen von der Schenkung zu beurtheilender Vertrag an. Die übergebenden Aeltern erklären darin, daß sie

Digitized by Google

sich entschlossen hätten, ihr gesammtes Vermögen an ihren einzigen Sohn eigenthümlich abzutreten, während dieser als ihr alleiniger Intestaterbe erst nach ihrem Tode in dessen Besitz gekommen sein würde. Es sollte hierdurch die Erbfolge allerdings zwar anticipirt werden, oder vielmehr das Motiv zur Vermögensabtretung lag vorzugsweise in der Qualität des Empfängers als künftigen gesetzlichen Erben. Aber dessenungeachtet müssen aus dem vorhin schon angedeuteten Grunde auf dieses Rechtsgeschäft die Grundsätze von der Schenkung zur Anwendung kommen, weil nämlich die Aeltern zu einer solchen frühzeitigen Vermögensübergabe nicht verpflichtet waren und ihr Sohn überhaupt nicht einmal auf ihren gesammten Nachlaß einen rechtlichen Anspruch hatte, weil ferner die Vermögensabtretung ohne eine irgend erhebliche Gegenleistung erfolgte und diese Abtretung nur eine successio singularis begründen konnte.

Wenn nun auch ein Erbvertrag nicht wegen Undankbarkeit des Vertragserben sollte aufgehoben werden können, wie manche Rechtslehrer (z. B. Beseler a. a. O. II. Bd. 1. Abtheilung S. 311—313; Maurenbrecher deutsch. Priv.-Recht §. 565), jedoch mit Widerspruch anderer, behaupten, so findet doch ein Anderes bei Schenkungen statt, mögen sie reine, oder mag ihnen ein *modus* beigefügt worden sein (§. 2 J. de don. 2, 7. c. 1. C. de don. quae sub modo 8, 55. — c. 1. 9. 10. C. de revoc. don. 8, 56). Die vorliegende Schenkung kann insofern als eine reine oder einfache betrachtet werden, als die Aeltern ihrem Sohne ihr ganzes Vermögen ohne alle Ausnahme als unbeschränktes Eigenthum abgetreten und sich nur vorbehalten haben, nach Befinden einen verhältnißmäßigen, von dem Beschenkten zu entrichtendenden Theil der Revenüen lebenslänglich ihrer Lebsucht halber anzusprechen. Man kann aber die Schenkung auch als eine donatio sub modo bezeichnen, wenn man von dem Gesichtspunkt ausgeht, daß die Schenkgeber dem Beschenkten zur Pflicht gemacht hatten, sie lebenslänglich zu alimentiren, ihre Liberalität also gewissermaßen modificirt oder beschränkt hatten, wodurch indessen der Vertrag keineswegs

Digitized by Google

den Charakter eines onerosen Geschäftes, namentlich den eines Verpflegungsvertrags annimmt, da die sonst unbegrenzte Liberalität nur eine kleine Schmälerung erlitten hat, und bei der Größe des übergebenen Vermögens die jährliche Entrichtung von Alimenten an die schon bejahrten Schenker nicht als eine Gegenleistung angesehen werden kann, wie dann auch c. 1. C. 8, 55, eine Vermögenshingabe unter Vorbehalt der Verabreichung von Alimenten von Seiten des Empfängers zu den Schenkungen sub modo vel conditione rechnet.

Aus diesen Gründen wurde die Revokationsklage an sich für begründet erklärt und bei der verneinenden Einlassung des Beklagten auf Beweis der Klagsacte erkannt.

Das OAG. zu Darmstadt schlug auf die von dem Beklagten gegen diese Entscheidung ergriffene Berufung die Appellationsprozesse ab. Es wurde in dem dieses Erkenntniß begründenden Gutachten des Ref. im Wesentlichen Folgendes entwickelt: Einem Uebergabsvertrag könne entweder ein Kauf, oder ein ungenannter Vertrag, oder eine Schenkung zu Grunde liegen, und es frage sich daher, unter welchen dieser Verträge der von dem Beklagten mit seinem Vater geschlossene Vertrag zu subsumiren sei. Als Kauf könne er ohne Zweifel nicht gelten, auch nicht als Innominatcontract, da, obwohl sich hier die Uebernahme von Verbindlichkeiten auf beiden Seiten, do ut des et facias, finde, doch die hier von dem Beklagten übernommene Verbindlichkeit der Ernährung und Verpflegung seines Vaters nicht entfernt ein Aequivalent für das von demselben Empfangene sei. Daher könne man nur eine donatio sub modo annehmen und die den deßfallsigen Rechtsgrundsätzen entsprechende Beurtheilung des Rechtsgeschäfts durch das Gericht v. J. nur billigen. Es wolle Oberappellant zwar den Vertrag für einen Erbvertrag, welcher eine anticipirte Erbfolge enthalte, erklären; allein Erbverträge hätten die künftige Verlassenschaft einer Person zum Gegenstand, während der vorliegende Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen des Vaters umfasse und dem Sohne alsbald zuwende. Jedenfalls beruhe der Vertrag auf einer Liberalität

des Vaters, es liege ihm also eine Schenkung im weitern Sinne zu Grund und er müße darum ob ingratitudinem widerrufen werden können.

Entscheidung vom 7. Mai 1841. Z.R.A. 1909. In Sachen Pebler gegen Pebler zu Haingründau.

II.

Rechtliche Natur des Gutsabtretungsvertrags. Vorbehalt eines Nothpfennigs begründet eine Reallast.

W. Marx Eheleute zu Ruppertsburg hatten ihrer Tochter und deren Bräutigam Chr. Hussel ihre Hofraithe für die Summe von tausend Gulden käuflich angeschlagen und dieses Kaufgeld mit je 300 Fl. den drei Kindern des Uebergebers überwiesen, wegen der restirenden 100 Fl. aber bestimmt, daß dieselben als s. g. Nothpfennig der Verkäufer auf der Hofraithe unverzinslich stehen bleiben, nach deren Ableben aber an die drei Kinder zu gleichen Theilen fallen sollten, falls sie nicht bis dahin vollständig verzehrt sein sollten. Nicht lange nach der Verpflichtung starb die Frau des Uebernehmers der Hofraithe kinderlos und es wurde hierauf der Letztere, Chr. Hussel, von den W. Marx Eheleuten auf Bezahlung der 100 Fl. Nothpfennig belangt. Der Beklagte excipirte, daß er bezüglich der Hälfte von 50 Fl. nicht passiv zur Sache legitimirt sei, vielmehr die Erben der Frau belangt werden müßten. Die Erheblichkeit dieses Einredevorbringens wurde von den Klägern bestritten, namentlich auch mit Rücksicht auf das Solmser Landrecht, das in Ruppertsburg gilt, indem danach der Beklagte als Usufructuar des Vermögens seiner Ehefrau auch die darauf haftenden Schulden tilgen müsse[8]). In erster Instanz wurde die Klage, soweit sie auf 50 Fl. Nothpfennig gerichtet war, abgewiesen; in zweiter Instanz wurde jedoch Beklagter schuldig erkannt, auch diese 50 Fl. zu bezahlen. Die Gründe der Entscheidung waren folgende:

---

8) Hierüber werden spätere Mittheilungen erfolgen.

Digitized by Google

Es handle sich hier von einem eigenthümlich deutschrechtlichen Geschäfte, indem ein Grundbesitzthum von dem bisherigen Eigenthümer noch bei Lebzeiten Einem seiner Kinder um einen gewissen Werthanschlag überlassen worden sei und die Anschlagssumme von dem Uebernehmer auf sein künftiges Erbtheil einbehalten resp. an seine Geschwister herausgegeben werden solle. Bei einem solchen Geschäft komme außer der Gutsabtretung selbst noch die Altentheilsbestellung zur Sprache. Ein solcher Altentheil oder Auszug habe aber die Natur einer deutschrechtlichen Reallast (nach Danz Handb. des d. Pr. Rechts Bd. V. §. 522a. Eichhorn Einleitung in das d. Pr. Recht. §. 161 a. E. §. 163. Pfeiffer pr. Ausf. Bd. IV. Nr. VIII. S. 119 ff. u. Bd. VIII. Nr. VI. §. 4. S. 310. und Anderen), wofür sich auch die OAG. zu Celle, Cassel und Darmstadt[9]) ausgesprochen hätten. Die abweichende Meinung Puchta's (bäuerliche Gutsabtretung XXI S. 132 ff.) sei, wie Pfeiffer richtig bemerke, nur ein doctrineller Gedanke, welcher nach der Art der von jenem Rechtslehrer davon gemachten Anwendung der practischen Realität gerade in den wesentlichsten Beziehungen entbehre. Weit bestrittener als die Frage über die rechtliche Natur des Auszugs sei die weitere, ob auch der Nothpfennig die objectiv-dingliche Natur des Auszugs habe? Gewöhnlich bestehe der Auszug in nothdürftiger Wohnung, etwas Länderei zur eigenen Bestellung, oder in der Leistung gewisser zum Lebensunterhalt dienender Naturalien, und hierauf lasse sich der Begriff von Reallasten wenigstens gewissermaßen anwenden, insoferne man sie als Obligationen betrachte, welche durch die Anknüpfung an ein

---

9) Nr. 40 der gedruckten Präjudic. des OAG. zu D. lautet: „Der Auszug oder das Leibgeding, welches sich Aeltern bei Uebergabe ihrer Güter an ihre Kinder reserviren, erscheint, insoferne aus den besonderen Bestimmungen des deßfallsigen Vertrags nicht hervorgeht, daß die Aeltern sich in dieser Beziehung nur persönliche Ansprüche stipuliren wollten, als eine auf den übergebenen, angeschlagenen oder verkauften Gütern haftende Reallast, welche auf jeden dritten Besitzer dieser Güter übergeht".

Digitized by Google

Grundstück perpetuirt seien, dergestalt, daß der Schuldner, d. h. der Besitzer des Grundstücks in bestimmten wiederkehrenden Fällen kleine, die Obligation niemals erschöpfende Leistungen mache, z. B. Grundzinsen, Zehnten und Realfrohnden (Gerber System des d. Pr. Rechts §. 167. — v. Savigny Obligationenrecht S. 303). Obgleich indessen selbst der Auszug in den gewöhnlichen Fällen, d. h. wenn er in Naturalleistungen und dergl. bestehe, nicht eigentlich als *onus perpetuum*, sondern nur als eine die Einkünfte des Gutes, worauf er hafte, zeitig vermindernde, mit dem Tode des Auszugsberechtigten erlöschende Last betrachtet werden dürfe, und dieß noch viel mehr von dem Nothpfennig gelte, welcher als ein ein für allemal bestimmter Geldbetrag mit einer einzigen Leistung für immer aufhöre, so rechneten doch nichts destoweniger diejenigen Schriftsteller, welche speciell von der hier aufgeworfenen Frage handelten, nämlich *Moellar* (diss de adsign. bon. parent. euid. liberorum facta §. 15. u. Runde von der Leibzucht Thl. II. §. 32. S. 400) den Nothpfennig zu den Auszugsleistungen, indem sie darunter alle solche Prästationen begriffen, welche nur überhaupt den Zweck hätten, eine Hülfsquelle zur Deckung der Bedürfnisse des Auszügers zu bilden. Und dieser Ansicht müsse man beistimmen, da es einerlei sei, ob verabredet werde, daß der Gutsübernehmer auf Verlangen des Auszügers jährlich fünf oder zehn Gulden als Nothpfennig bezahle, diese Leistungen aber im Ganzen die Summe von 100 Fl. nicht übersteigen sollten, oder ob bestimmt werde, daß die Zahlung des Nothpfennigs von dem jedesmaligen Bedürfniß und der Anforderung des Auszügers abhänge [10]). Immer müsse man

10) Auch darüber war Streit erhoben worden, ob der Nothpfennig nicht eher und nur soweit zu bezahlen sei, als die Uebergeber desselben erweislichermaßen zu ihrem Lebensunterhalt bedürfen würden. Es war indessen rechtskräftig anerkannt worden, daß der seiner Größe nach bestimmte und nicht erst mit Rücksicht auf ein allenfallsiges Bedürfniß auszumittelnde Nothpfennig, als Theil der Leibzucht, daher zur Lebsucht des Uebergebers bestimmt, ohne besonderen Nachweis eines Bedürfnisses auf Anfordern des Berechtigten sofort entrichtet werden müsse, wenn nicht Stückzahlung verabredet worden.

Digitized by Google

auch den Gesichtspunkt festhalten, daß man es hier mit einem eigenthümlich deutschrechtlichen Geschäfte zu thun habe, bei welchem alle Vortheile, welche der Gutsübernehmer dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung anweise, wenn auch nicht als eigentliche Reallast, so doch als eine objectiv-dingliche Beschwerde zu betrachten seien [11]). Dieß gelte im Fragefall um so mehr, als der Uebergabsvertrag ausdrücklich die Bestimmung enthalte, „daß der Rest des Kaufschillings mit 100 Fl. als s. g. Nothpfennig der Verkäufer auf der Hofraithe unverzinslich stehen bleiben solle", wodurch demselben die Eigenschaft eines dinglichen Rechts beigelegt werde. Hiernach hafte der Besitzer der verpflichteten Hofraithe für den Nothpfennig, und es sei daher die Passiv-Legitimation des Beklagten auch bezüglich der zweiten Hälfte der 100 Fl. begründet.

In dritter Instanz (Ob.-App.-Ger. in Darmstadt) wurde diese Entscheidung bestätigt, und zwar im Wesentlichen aus den in zweiter Instanz entwickelten Gründen. Das Abschlagsdekret wurde nämlich folgendermaßen motivirt: In der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde sei zwar von einem „Verkaufen" der Hofraithe, von „Verkäufern" und „Käufern" die Rede. Dennoch könne das Rechtsgeschäft nicht als Kaufvertrag nach römisch-rechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden, sondern es sei darin (wie aus dem Inhalte des Vertrages näher erörtert wurde) ein im deutschen Rechte begründeter Gutsübergabsvertrag zu erkennen, welcher eine Art anticipirter Erbfolge enthalte und bei welchem besondere, ihn von dem reinen Kaufcontract wesentlich unterscheidende Eigenthümlichkeiten vorzukommen pflegten. Zu den Eigenthümlichkeiten der Gutsübergabsverträge gehöre es namentlich, daß die von dem Gutsübernehmer an die übergebenden Contrahenten zu entrichtenden Prästationen regelmäßig

11) Pfeiffer pract. Ausf. Bd. IV. S. 163 f. ist der Ansicht, daß durch die Verabredung eines Nothpfennigs eine den ganzen Betrag der Leistung begreifende Schuld des Gutsübernehmers an den Auszüger begründet werde, welche, soweit sie nicht beim Leben des Gläubigers vollständig abgetragen worden, mit dessen Activ-Nachlaß auf seine Erben übergehe.

Digitized by Google

als dem Gute anklebende dingliche Lasten angesehen werden müßten, wie dies auch im Fragefalle hinsichtlich des Rothpfennigs in der Vertragsurkunde ausdrücklich bemerkt worden sei. Es habe sich auch die Rechtsprechung des obersten Gerichts (in S. Aßmann gegen Aßmann von Hörgersdörf, — s. Archiv Bd. IV. S. 272 f. — wo es sich unter Anderen ebenfalls um einen Rothpfennig des Gutsübergebers handelte) mit aller Bestimmtheit für den regulariter anzunehmenden Charakter der Dinglichkeit solcher Präſtationen, wie die hier in Rede stehende, entschieden, und zwar nicht gerade blos für den Fall, daß von den übergebenden Aeltern bis zur vollständigen Bezahlung der Anschlagssumme ein Unterpfandsrecht an dem übergebenen Gute sich vorbehalten worden sei, sondern weil man allein schon in Rücksicht auf die Natur des älterlichen Auszugs diesem einen dinglichen Charakter beigelegt habe. Erscheine aber der aus der Dinglichkeit des fraglichen Rothpfennigs abgeleitete Entscheidungsgrund als richtig, dann knüpfe sich hieran die nothwendige Folge, daß jeder Besitzer der Hofraithe, auf welcher dieser Rothpfennig als Reallast ruhe, mit der dem Berechtigten zustehenden dinglichen Klage auf dessen Bezahlung angegangen werden könne, da bekanntlich gerade in dieser Folge die Dinglichkeit einer Berechtigung sich äußere. Es werde zwar von dem Beklagten dagegen erinnert, daß er, da er die Hofraithe als Usufructuar des Vermögens seiner Ehefrau innehabe, nur als detentor, als alieno nomine possidens behandelt werden könne und in dieser Eigenschaft zur nominatio auctoris befugt erscheine, welche die Folge habe, daß die Erben seiner Ehefrau belangt werden müßten. Immer besitze indessen der Beklagte die Hälfte der Hofraithe propr. nomine; die dingliche Berechtigung ruhe aber, vermöge der ihr beiwohnenden Untheilbarkeit, in ihrer ganzen Totalität auf dem damit belasteten Objecte und jedem Theile desselben, und könne, gleich dem Pfandrechte, gegen Jeden, welcher einen Theil des Unterpfandes besitze, hinsichtlich des ganzen Betrags der betreffenden Forderung geltend gemacht werden. (Entsch. vom 6. Sept. 1854).

Digitized by Google

III.

Nichtverpflichtung des Gutsübernehmers als solchen zur Bezahlung von Schulden des Gutsübergebers.

Ein gewißer R. zu Bobenhausen hatte sein Gut seinem Sohne gegen eine bestimmte Summe angeschlagen. Einen Theil der Anschlagssumme sollte der Gutsübernehmer als seine Erbportion einbehalten, ein anderer Theil aber war für die Schwester des Gutsübernehmers bestimmt und bei der Verheirathung bezahlt worden. Später stellte sich heraus, daß R. als Rechner der Gemeinde B. einen Receß gemacht hatte. Da derselbe von R. wegen Vermögenslosigkeit nicht beigetrieben werden konnte, so wurden der Gutsübernehmer und dessen Schwester auf Zahlung belangt, weil der Schuldner bei Lebzeiten sein Vermögen an sie abgetreten habe, und sie daher anticipando Erben des Schuldners geworden seien. Die Beklagten wendeten dagegen ein, daß der Gutsanschlag nur eine successio singularis begründe und hieraus ebensowenig, als aus der Ueberweisung eines Theils der Anschlagssumme an die Kinder die Erbqualität derselben und damit deren Verbindlichkeit zur Zahlung älterlicher Schulden hergeleitet werden könne.

Das Hofgericht in Gießen, bei welchem die Sache in erster Instanz anhängig war, wies die Klage ab. Der Ger.-Hof ging hierbei von der Ansicht aus, daß die s. g. erfrühte Erbfolge, wenn man auch das sie begründende Rechtsgeschäft nicht nach römisch-rechtlichen Grundsätzen bald aus dem Gesichtspunkte eines Kaufes, bald aus dem eines Innominatcontractes oder einer Schenkung auffassen, sondern als ein deutsch-rechtliches Institut betrachten wolle, doch immer nur eine Singularsuccession zur Folge habe, daher den Gutsübergeber nicht gleich einem Erben zur Schuldenzahlung verpflichte.

Das OAG. in Darmstadt bestätigte diese Entscheidung aus den in dem Gutachten des Referenten entwickelten Gründen. Nachdem in diesem Gutachten zuerst ausgeführt worden war, daß der vorliegende Vertrag weder als Erbvertrag, noch als

Digitized by Google

donatio mortis causa aufgefaßt werden könne, weil die Vermögensabtretung alsbald unwiderruflich erfolgt wäre, wird weiter bemerkt: Nach gemeinem Recht könne ein Lebender nicht beerbt werden. Es sei zwar nach deutschem Recht die Delation einer Erbschaft auch durch Vertrag statthaft, aber hier könne nicht von einer wahren Erbfolge gesprochen werden, weil der Gutsabtretungsvertrag kein Erbvertrag sei. Hiermit stimme Doctrin und Praxis völlig überein. (Zum Beleg des Gesagten wird Einzelnes aus Runde's Lehre von der Leibzucht. Thl. II. Abschnitt I. §. 6. und dessen Abhandlung in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. VII, Nr. 1; sodann aus Puchta die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung S. 128, und Wolff deutsch. Pr. Recht. §. 203. referirt)[12]).

Entscheidung vom 11. Nov. 1845. Z. N. A. 3379. In Sachen der Gemeinde Bobenhausen, gegen die Kinder und Erben des Heinrich Rahn, Receßforderung betr.

---

12) Es wird nicht ungeeignet sein, hier kurz zu referiren, was einzelne der namhafteren, namentlich practischen, Juristen in dieser Beziehung lehren. Runde in der Zeitschrift für d. Recht VII. 1. §. 10. macht zunächst die legislativ sehr beachtenswerthe und der natürlichen Auffassung der Sache entsprechende Bemerkung: „Es läßt sich ganz wohl als Recht denken, daß auch bei einem Uebergange des ganzen Vermögens unter Lebenden der Nachfolger aus den zur Zeit der Uebertragung rechtsbegründeten Obligationen des Vorgängers soweit in Anspruch genommen werden darf, als das auf ihn übertragene der freien Verfügung unterworfene Vermögen reicht; und ein solches Princip scheint sogar natürlicher, als die verwickelte Lehre des röm. Rechts, wonach eine Schenkung des ganzen Vermögens unter Lebenden als successio singularis zu behandeln ist". Später äußert sich Runde darüber, welche Ansicht aus dem röm. Recht zu gewinnen sei, folgendermaßen: „Durch eine Uebertragung des ganzen Vermögens unter Lebenden wird in den Obligationsverhältnissen des Abtretenden gegen seine Gläubiger nichts geändert, und nur die realberechtigten und hypothekarischen Gläubiger können sich an den Successor als Besitzer der belasteten Sache halten. Zu Uebernehmung persönlicher Schulden kann sich der Successor zwar gegen den Abtretenden vertragsmäßig verbinden, und diese Verpflichtung wird stillschweigend angenommen, wo ein ganzes Vermögen, oder eine Quote, auch unter den §. 9. angegebenen Beschränkungen (Uebertragung

IV.

Unstatthaftigkeit der Aufhebung eines Gutsübergabsvertrags wegen Verletzung über die Hälfte.

A. D. zu Queck erhob gegen seinen Bruder C. D. eine Klage auf Herausgabe seines Antheils älterlichen Vermögens,

---

mit Vorbehalt einzelner Vermögensstücke, des Nießbrauchs, der Alimentation des Uebergebers, der Herauszahlung), Gegenstand der Uebertragung ist (fr. 72. pr. D. 33, 3. v. Savigny System IV. S. 137 Note f), weil solches aus dem Begriff von Vermögen, als derjenigen Summe von Rechten, welche dem Inhaber nach Abzug seiner Schulden übrig bleibt, folgt (fr. 39 §. 1. D. 50, 16. fr. 69 D. 35, 2. — fr. 11. D. 49, 14. — c. 8. §. 4. C. 6, 61). Aber durch einen solchen ausdrücklich geschlossenen, oder stillschweigend angenommenen Vertrag werden die Gläubiger, welche nicht daran Theil genommen haben, eben so wenig verpflichtet, sich an den Annehmer zu halten, als sie dazu, ohne Cession der dem Abtretenden allein daraus gewonnenen Klage, berechtigt werden. Sie können ihren Schuldner im Executions- oder Concurswege zu einer solchen Cession nöthigen, oder sich mit der actio Pauliana, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, helfen, und in diesem Rechtsmittel finden sie auch dann Hülfe, wenn bei Uebertragung des ganzen Vermögens oder einer Quote ausdrücklich vertragen wäre, der Empfänger solle die Schulden nicht bezahlen, weil daraus eine unredliche Absicht, der animus fraudandi creditores, von selbst hervorgeht (fr. 17 §. 1. D. 42, 8. v. Savigny IV. S. 139)." — Auf gleiche Linie mit einem Gutsanschlagsvertrag stellt Runde eine vertragsmäßig und unwiderruflich stattgehabte div. parentum inter liberos (§. 8 und 17 a. E.)

Pfeiffer (pract. Ausf. Bd. IV. S. 148 ff.) spricht sich dahin aus: Sowohl bezüglich der aus der Zeit vor, als der nach der Gutsabtretung herrührenden Schulden sei zunächst der Gutsübergeber von den Gläubigern zu belangen, der Gutsübernehmer als solcher hafte aber vermöge seines blos singulären Erwerbtitels für solche Schulden nicht, es sei dann, daß er sie ausdrücklich übernommen habe (in welchem Falle sich die Gläubiger noch der zweifachen Rechtsregel, daß auch ein dritter Erwerber aus einem Singulartitel durch die dem Erwerbe beigefügten Vertragsbedingungen verpflichtet werden könne, persönliche Verbindlichkeiten des Vorbesitzers in Beziehung auf den Gegenstand des Erwerbs zu erfüllen, und daß Verträge, welche im Interesse eines Dritten abgeschlossen würden, auch von diesen gegen den zur Erfüllung verpflichteten Contrahenten geltend gemacht

Digitized by Google

indem er hervorhob, daß der Beklagte im Besitze des ganzen Nachlasses seines Vaters sich befinde, sich aber weigere, den

---

werden könnten) — oder daß sie mit einem auf dem abgetretenen Gute haftenden dinglichen, insbesondere hypothekarischen Rechte versehen seien. Unter Umständen stehe jedoch den Gläubigern die paulianische Klage auf Rescission des Geschäftes zu. Anders verhalte es sich bei der eine anticipirte Erbfolge enthaltenden Gutsabtretung. „Nach dem allgemeinen Rechtssatze, daß eine wirksame Erbfolge nur in reines Vermögen, nach Abzug der Schulden, gedenkbar sei, und daß demnach die Vortheile einer Erbschaft unzertrennlich von den Lasten derselben sind, versteht es sich von selbst, daß jene Personen von der ihnen zugedachten anticipirten Erbfolge nicht anders Gebrauch machen können, als wenn sie die auf dem Vermögen, welches den Gegenstand dieser Erbfolge ausmacht, zur Zeit der Ueberweisung desselben an sie haftenden Schulden mitübernehmen, in sofern das von dem Gutsabtreter zurückbehaltene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht anreicht". Der Gutsübernehmer und seine Geschwister, welchen Antheile an dem Anschlagspreis (nicht etwa blos gewisse, von dem Gutsübernehmer zu entrichtende, eine Erbschaftsquote nicht darstellende Gegenstände oder Geldsummen) überwiesen worden, seien — bemerkt Pf. weiter — nach dem Verhältnisse der einem Jeden durch die anticipirte Erbfolge zugefallenen Vortheile zur subsidiären Schuldenzahlung verbunden, und es müsse hierbei dem Gutsübernehmer der Minderbetrag des Anschlagspreises in Vergleichung mit dem wahren Werthe des Gutes mitangerechnet werden. Wegen der bei dem Gutsübernehmer noch zurückstehenden Antheile seiner Miterben an den Anschlagspreis könnten sich die Gläubiger direct an jenen halten. — Das Bisherige gelte auch von Schulden, welche der Gutsübergeber nach der Gutsabtretung contrahirt habe. Für diese müßten die an der anticipirten Erbfolge Theil nehmenden Personen, wenn sie Erben in Beziehung auf den Nachlaß des Abtretenden würden, unbedingt haften, sonst nur bis zu dem Betrage der mittelst der anticipirten Erbfolge bereits empfangenen Vortheile, selbst wenn sie die späterhin ihnen eröffnete Erbschaft ausschlagen würden. — Nicht unerheblich modificirt ist diese Lehre in Pfeiffer pract. Ausf. Bd. VIII S. 339, indem es hier heißt: „In dem letzteren Falle (wenn der Gutsübernehmer die Schulden, um die es sich handelt, nicht übernommen hat) bleibt der Gutsabtreter nach wie vor der eigentliche Schuldner, und nur er kann unmittelbar von den Gläubigern auf Bezahlung ihrer Forderungen belangt werden, weil die Kinder desselben in Beziehung auf die ihnen durch die anticipirte Erbfolge zugewendeten Vortheile nur als heredes in re certa zu betrachten sind, als solche

Digitized by Google

dem Kläger davon gebührenden Erbtheil herauszugeben. Als Beklagter hierauf erwiderte, er besitze das älterliche Gut mit

aber wegen des hiermit verbundenen Singulartitels nicht in die persönlichen Verbindlichkeiten desselben, soweit sie nicht von ihnen übernommen worden, eintreten. Doch können ihnen jene Vortheile zum Zwecke der Verwendung der Befriedigung der Gläubiger wieder entzogen werden entweder mittelst der paulianischen Klage, unter den den Gebrauch derselben im Allgemeinen bedingenden Voraussetzungen, oder mittelst Zurückforderung von Seiten des Gutsabtreters, wenn und insoweit durch die Ueberweisung der Gegenstände der anticipirten Erbfolge die Regel, daß eine Beerbung überhaupt nur in Ansehung des nach Abzug der Schulden noch übrigen Vermögens stattfinden könne, verletzt worden ist". Hiermit stehen in Einklang die Entscheidungsgründe des OAG. zu Cassel in einem a. a. O. unter Nr. 77 mitgetheilten Rechtsfalle, welche wörtlich so lauten: „— Daß aber, da hiernach nur das Erbrecht an einer einzelnen Sache (es handelte sich um einen Gutsanschlagsvertrag, bei welchem eine gewisse Forderung außer Betracht geblieben war) Gegenstand des Vertrags ist, durch diesen eine allgemeine Nachfolge des Gutsübernehmers hinsichtlich der persönlichen, nicht besonders übernommenen, Verpflichtungen der Uebergeber nicht begründet wird, insbesondere daraus die Verbindlichkeit zur Zahlung der Schulden, wenn diese auch vor dem Anschlagscontract entstanden sind, nicht hergeleitet werden kann, indem derjenige, welcher eine einzelne Sache des Vermögens, sei es auch durch einen Erbvertrag, erwirbt, als Singularsuccessor hierdurch in ein Obligationsverhältniß zu den Gläubigern dessen, von dem er erworben hat, nicht tritt, — und wenn auch die Abtretung einzelner Sachen durch einen solchen Erbvertrag, nach Abzug der Schulden übrigbleibendes Vermögen der Abtretenden voraussetzt, mithin, wenn es hieran fehlt, gleich allen anderen Zuwendungen als Erbtheile, unwirksam sein kann, und demnach die übergebenden Aeltern zur Zurückforderung des den Kindern Zugetheilten unter den geeigneten Voraussetzungen befugt sein, oder die Gläubiger jenen Erwerb und die daran liegende Veräußerung als ihnen nachtheilig anfechten und deßhalb die paulianische Klage anstellen können, ein solcher Anspruch jedenfalls einer weiteren Begründung bedarf, namentlich zu dem Ende der Umstand allein, daß der schuldende Uebergeber nicht mehr zahlungsfähig ist, nicht genügt, da die etwaigen Rechte der Uebergeber gegen ihre Singularsuccessoren auf ihre Gläubiger nicht ohne Weiteres übertragen werden, und die paulianische Klage jedenfalls die Erkennung des Concurses über den Schuldner, oder insofern eine Mehrzahl von Gläubigern nicht vorhanden ist, die gerichtliche Einweisung in das Vermögen desselben erfordert", daß hiernach die —

Digitized by Google

fahrender Habe in Folge eines Gutsanschlagscontractes und Kläger habe ohnedem schon bei seiner Verheirathung soviel er=

Klage (des Gläubigers gegen den Gutsübernehmer auf Zahlung der schon vor der Gutsübergabe vorhanden gewesenen Schuld) für begründet nicht gehalten werden kann." Im Wesentlichen dieselben Grundsätze sind auch entwickelt bei Strippelmann bem. Entsch. des OAG. zu Cassel; Bd. IV. 1. Abth. Nr. XVI. S. 191 ff. — Puchta (bäuerliche Gutsabtretung S. 131) ist der Ansicht, daß zur Befriedigung der Gläubiger des Gutsübergebers alles dasjenige angegriffen werden könne, was von dem Gutsübernehmer und seinen Geschwistern aus einem Acte der Liberalität bezogen worden sei, und zwar genüge zur Rechtfertigung dieses Satzes schon der Umstand, daß die Kinder aus einem lucrativen Erwerbsgrund Theile des Vermögens erhalten hätten, welches zur Befriedigung der Gläubiger hätte bestimmt werden sollen. Die Gläubiger könnten daher nicht nur das zu ihrem Nachtheil gereichende Gutsveräusserungsgeschäft mit der paulianischen Klage rescindiren, sondern auch die Zuwendungen, wodurch die Kinder zu ihrem Schaden bereichert worden, und soweit sie dieses seien, als Befriedigungsmittel in Anspruch nehmen, arg. fr. 6. §. 10. 11. D. 42, 8. — Von den neueren Germanisten sprechen sich manche nicht speciell über diesen Gegenstand aus (namentlich nicht Gerber, und etwas zu allgemein Bluntschli d. Pr. Recht II. Bd. S. 79); Mittermaier d. Pr. Recht 7. Aufl. §. 290 äußert sich dahin, daß der Gutsübernehmer nur für diejenigen Schulden hafte, welche entweder auf dem übergebenen Gute ruhten, oder bei der Gutsübergabe ausdrücklich von ihm übernommen worden seien. Beseler d. Pr. Recht III. Bd. §. 188. Nr. V lehrt: „Die Schulden des Bauern, für welche das Gut nicht unmittelbar haftet, gehen von Rechtswegen nicht auf den Nachfolger über; es bedarf dazu ihrer Uebernahme von Seiten des Letzteren, welche jedoch auch ohne besondere Verabredung über die einzelnen Schulden als geschehen zu betrachten ist, wenn das Gut mit „Schuld und Unschuld" abgetreten worden, oder ausschließlich das Activvermögen des Bauern bildet". Vgl. auch Beseler die Lehre von den Erbverträgen Bd. II. 2. Abt. 2. S. 203 f., wo bemerkt ist, daß im schlimmsten Falle unter Umständen die Grundsätze der act. Pauliana für die Gläubiger zur Anwendung kommen müßten. — Nach der Gerichtspraxis in Baiern (Blätter für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 369) sollen die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger an abgefundene Kinder (wegen nicht übernommener Schulden) nur stattfinden, wenn den Kindern die Abfindung zur Verkürzung der Gläubiger gegeben worden ist.

Daß übrigens die im Interesse dritter Personen (Gläubiger, Geschwister des Gutsübernehmers u. s. w.) bei einem solchen Gutsüber=

Digitized by Google

halten, als es ihm an älterlichem Vermögen ertrage, suchte Kläger, welcher dem letzteren Anführen widersprach, *replicando* dem Berufen auf den Gutsabtretungsvertrag mit der Behauptung zu begegnen, daß der Anschlag des Gutes bei Weitem unter der Hälfte des wahren Werthes desselben geblieben sei, daher nicht bestehen bleiben könne, wogegen Beklagter schließlich bemerkte, daß die Anfechtung eines Gutsabtretungsvertrages aus dem Grund einer Verletzung über die Hälfte unzuläßig sei. Das Gericht erster Instanz war der Ansicht, daß auch ein Gutsabtretungsvertrag wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne und legte daher dem Kläger den entsprechenden Beweis auf. Diese Entscheidung wurde in zweiter Instanz auf-

---

gabsvertrage vorkommenden Nebenberedungen, auch wenn diese Dritten bei dem Abschlusse des Vertrags selbst nicht zugezogen wurden, doch ein Klagrecht derselben, so lange der Vertrag nicht unter den Contrahenten abgeändert ist, begründen, nimmt man in Theorie und Praxis meist an. Vgl. außer Pfeiffer pract. Ausf. Bd. IV. S. 152. Runde a. a. O. §. 13. Strippelmann bem. Entscheidungen Bd. V. 1. Abth. Nr. I u. II. (Hier wird S. 50 ff. namentlich näher ausgeführt, daß durch einen Anschlagsvertrag für abgefundene Kinder in Beziehung auf die für sie bestimmten Abfindungsbeträge ein festes Recht begründet werde); Beseler Erbvertr. Bd. II. Abth. 2. S. 203. Note 5. vergl. mit Bd. II. Abth. 1. S. 71 ff.; Seuffert Archiv der Entsch. Bd. I. Nr. 78. Bd. III. Nr. 90 (vgl. jedoch mit abweichenden Entscheidungen mitgetheilt von Runde a. a. O. §. 13. Note 65—67). Bezüglich der Gläubiger insbes. sagt namentlich Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden, S. 90: „Hier haben wir es mit Instituten zu thun, bei denen die Unbefangenheit der deutschen Auffassung durch das Herantreten des römischen Rechts nicht beeinträchtigt worden. Es gilt daher auch als eine ausgemachte Sache, daß der Gutsannehmer hinsichtlich derjenigen Schulden, die er ausdrücklich übernommen, oder hinsichtlich aller bis zur Abtretung aufgelaufenen Schulden, falls er die Wirthschaft mit „Schuld und Unschuld", mit „Lust und Last" übernommen, direct von den Gläubigern belangt werden könne". Demgemäß hat auch schon früher das großh. hess. Hofgericht zu Gießen in einer Rechtssache erkannt. Es hatte nämlich in S. Wettstein zu Büdingen, gegen H. Pebler zu Haingründau de 1850 hatte Ersterer den Letzteren, welchem das gesammte älterliche Vermögen seines Vaters gegen die Verbindlichkeit lebensläng-

Digitized by Google

gehoben. Von dem OAG. in Darmstadt wurde die oberrichtliche Entscheidung bestätigt auf den Grund nachstehender Ausführung:

Aelterliche Gutsanschläge können ob laes. enorm. angefochten werden, wenn sie den Charakter eines Kaufvertrages oder eines dem Kaufe ähnlichen Vertrages an sich tragen, wenn also die Absicht der Contrahenten erhellt, in den Gegenpräſtationen, welche der Empfänger übernimmt, nur das pretium festzustellen, das Letzterer für die auf ihn übertragenen Objecte zu leisten

licher Alimentation des Uebergebers abgetreten worden war, auf Bezahlung einer Schuld seines Vaters belangt und zur Begründung der Klage unter Anderem angeführt, daß der Sohn dem Vater im Gutsübergabsvertrag versprochen habe, alle vorhandenen Schulden zu berichtigen. Dieser Klaggrund war vom Untergericht verworfen, in der Appellationsinstanz aber für statthaft erkannt und dem Kläger in Gemäßheit verneinender Einlassung des Beklagten entsprechender Beweis auferlegt worden. Der Gerichtshof ging hierbei von folgender Ansicht aus: Da der Gutsabtretungsvertrag keine success. ab universitate begründe, so habe Kläger mit Recht einen besonderen Verpflichtungsgrund des Gutsübernehmers zur Schuldenzahlung angeführt. Es sei derselbe auch erheblich. Obwohl nämlich im älteren röm. Recht der Grundsatz gegolten habe, daß einem Dritten aus einer ihm vortheilhaften Vertragsbestimmung ein Klagrecht nicht zustehe, sofern er nicht Universalsuccessor des Paciscenten geworden, oder die Klage ihm cedirt worden sei, so sei doch die Strenge dieses Satzes allmählig gemildert worden. Man habe dem Dritten später propter aequitatis rationem eine utilis actio in manchen Fällen eingeräumt, und da die deßfallsigen Bestimmungen nur als einzelne Aeußerungen einer Richtung, welche die Ausübung des Rechts genommen habe, anzusehen seien, so seien dieselben einer analogen Anwendung, der Ausdehnung auf andere Fälle fähig. Könne man aber annehmen, daß, wenn ein Contrahent einem Dritten habe einen Vortheil zuwenden wollen, er diesem auch die Mittel zur Geltendmachung dieser Zuwendung nicht versagen, also sein Klagrecht abtreten würde, so habe es nahe gelegen, eine Cession der Klage als stillschweigend geschehen und in jener Vertragsbestimmung selbst enthalten zu unterstellen. Daher müße auch dem Kläger gestattet sein, actione utili aus der Schuldenübernahme Klage zu erheben. — (S. jedoch dagegen Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. II. S. 77 f.).

Digitized by Google

hat, und wenn ferner die Gegenprästationen wenigstens ad modum et quantitatem probabilem taxirt werden können. Gewisse Gutsanschläge unterliegen dagegen der Anfechtung ob laes. enorm. nicht, wenn und soweit sie nämlich als letztwillige Dispositionen sich darstellen, d. h. wenn und soweit sie darauf gerichtet sind, die Wirkungen des Erbschaftsanfalles zu anticipiren. Der Grund, warum Verträge dieser zweiten Art wegen Verletzung über die Hälfte nicht angefochten werden können, liegt sehr nahe. Ihr Zweck ist nämlich gar nicht, wie bei dem Kaufe, in dem pretium eine dem Kaufobject entsprechende Gegenleistung zu bestimmen, er ist darauf gerichtet, Anordnungen auf den Todesfall zu treffen. Insoweit also der stipulirte Anschlagspreis hinter dem Werthe der angeschlagenen Objecte zurückbleibt, liegt darin nichts Anderes, als eine Vorausgabe auf den künftigen Erbtheil des präsumtiven Erben, die von den Aeltern nicht zurückgefordert werden und erst dann wieder zur Sprache kommen kann, wenn der Erbschaftsanfall wirklich eingetreten ist und die Collationsfrage sich aufwirft, oder ein Miterbe wegen Verletzung seines Pflichttheils klagt und die Ergänzung desselben verlangt. Der gegenwärtig vorliegende Gutsübergabsvertrag gehört in die zweite Klasse. Es wird darin zwar von Verkäufer und Käufer und von Kaufschilling gesprochen; allein nicht die Worte entscheiden, sondern es kommt auf das Wesen der Sache an. Der Inhalt des Vertrags beweist, daß dabei die Absicht der Gutsabtretenden dahin gegangen war, Anordnungen über die Theilung ihres demnächstigen Nachlasses unter den Kindern, die noch nicht abgefunden waren, zu treffen und diese Anordnungen, soweit es die Umstände erlaubten, schon bei ihren Lebzeiten zu vollziehen. Deßwegen stipulirten sie zwar einen Anschlagspreis von 1600 Fl., sie stipulirten aber hiervon keine Zahlung an sich selbst, sondern sie wiesen den ganzen Anschlagspreis mit je 400 Fl. an vier andere ihrer Kinder. Deßwegen haben sie wohl auch ohne Zweifel dem beanschlagten Sohne den Preis des angeschlagenen Gutes niedrig gestellt, um ihm in dem Mehrwerthe desselben seinen Erbtheil zuzuweisen. Sie übergaben diesem Sohne ihre

Digitized by Google

gesammte fahrende Haabe; sie bedungen auch ihren noch ledigen Kindern einige besondere Vortheile, für sich selbst aber nur die Benutzung einer Wiese und für den Fall, daß sie sich von der gemeinschaftlichen Bebauung des Gutes und von der gemeinschaftlichen Führung der Haushaltung zurückziehen sollten, einen Auszug. Ein solcher Vertrag ist kein Kaufvertrag, sondern ein Vertrag über die Theilung des demnächst den gesetzlichen Erben als Erbschaft anfallenden älterlichen Vermögens, und was darin dem beanschlagten Sohne zugetheilt wurde, erscheint als eine Zuwendung auf den Todesfall. Haben hierbei die Aeltern den Sohn vor seinen Geschwistern begünstigt, so waren sie hierzu nach den Grundsätzen des Erbrechts berechtigt, insofern sie den Pflichttheil nicht verkürzten[13]).

Der Corref., welcher mit dieser Entwickelung des Ref. einverstanden war, bemerkte dabei noch, daß ein mit einer älterlichen Gutsübergabe verbundener Leibzuchtsvertrag, wie der hier in Rede stehende, auch in Betracht der aleatorischen Natur desselben, als eines dem Erfolge nach ungewissen Geschäftes, nicht wegen übermässiger Verletzung angefochten werden könne (Hänsel Lehre von dem Auszug §. 5. Note 10; Seuffert Archiv 2c. Bd. IV. Nr. 13).

Von der bisher entwickelten Ansicht ist das OAG. auch in seinen Entscheidungen in S. P. Hertel zu Krökelbach gegen Adolf Henkel daselbst, 1843, und in Sachen Johann Hertel

---

13) In Hinsicht auf die althess. Verordnung vom 27. Nov. 1713, welche frühzeitigen Gutsabtretungen von Seiten der Aeltern an die Kinder entgegentritt und die Beamten ermahnt, darüber zu wachen, daß keine zu häuslichen Zwistigkeiten Veranlassung gebenden Bestimmungen in einen solchen Vertrag aufgenommen, daß insbesondere die Güter nicht mit einem zu starken Auszug belastet, auch nicht allzugering, zum Nachtheil der andern Kinder, angeschlagen werden, — war von dem Ref. noch bemerkt worden, daß dieselbe durch die den Gerichten aufgetragene causae cognitio Vervortheilungen der Kinder bei Gutsanschlägen vorbeugen, keineswegs aber in den Bestimmungen des gem. Rechts über die an wirklich eingetretene Vervortheilungen geknüpften rechtlichen Folgen irgend etwas ändern wolle.

Digitized by Google

zu Fürth gegen Adolf Hertel sen. zu Kröffelbach, 1844, ausgegangen [15]).

Entscheidung vom 20. Nov. 1852. Z. R. A. 1794, in Sachen Diehl gegen Diehl zu Queck.

---

15) Vgl. unter Andern Runde a. a. O. §. 14. und Runde Lehre von der Leibzucht S. 550 ff. Pfeiffer pract. Ausf. Bd. IV. Nr. VIII. §. 18, welcher unterscheidet, ob die Verletzung über die Hälfte von dem Gutsabtreter, oder von dem Gutsübernehmer, oder ob von des Letzteren Geschwister behauptet und klagend geltend gemacht werde. Der Gutsabtreter soll dann, wenn die Gutsübergabe eine anticipirte Erbfolge begründet oder vorzugsweise auf Liberalität beruht, wegen Verletzung über die Hälfte nicht zu klagen befugt sein, dem Gutsübernehmer aber in jedem Falle der Uebernahme des Guts gegen eine Anschlagssumme die Verletzungsklage zustehen, wogegen seine Geschwister, insofern sie nicht Erben des Gutsübergebers geworden sind, nur gleich diesem zur Klage berechtigt sind.

Digitized by Google

XXII.

Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

18.

Die Wirksamkeit eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten, insbesondere, wenn dieser Vertrag in einem Gutsanschlage besteht.

Der dritte Theil dieses Archivs hat S. 325—327 einen Rechtsfall aus der Praxis des Oberappellationsgerichts in Darmstadt über die Frage: ob Verträge zu Gunsten Dritter wirken? mitgetheilt. Dieses Tribunal bejahte diese Frage durch Erkenntniß vom 10. Januar 1852.

Daß dieser oberste Gerichtshof diese Praxis noch in neuerer Zeit festhält, geht aus folgendem Rechtsfall[1]) hervor:

Die beiden Klägerinnen stellten folgende Klage an: Ihr Vater habe im Jahre 1839 seinem Sohn, dem jetzigen Beklagten, bei dessen Verheirathung Haus, Hofraithe u. s. w. und den s. g. Nonnenhof um die Summe von 7050 Gulden unter der Auflage angeschlagen, daß bei der Uebergabe 700 Gulden an die beiden Schwestern ausbezahlt würden. Obgleich die Uebergabe erfolgt sei, so habe doch Beklagter dieser Verbindlichkeit kein Genüge geleistet. Daher Klage mit Zustimmung ihres Vaters und Bitte: den Beklagten zur Zahlung mit Verzugszinsen zu verurtheilen.

Der Beklagte stellte den Gutsanschlags-Vertrag und die geschehene Uebergabe nicht in Abrede, behauptete dagegen, daß seine

---

1) Karl Heinrich Namens seiner Ehefrau und die Wittwe des Johann Lutz III zu Lengfeld, Kläger, gegen Heinrich Müller daselbst, Beklagten, Vermögensherausgabe betreffend.



Schwestern aus diesem Vertrage, bei dessen Abschluß sie nicht mitgewirkt hätten, nicht klagend auftreten könnten, wozu sie auch die bloße, bis jetzt noch nicht geschehene Zustimmung ihres Vaters nicht legitimire und stellte in Abrede, daß jener Vertrag die gedachte Auflage enthalte.

In der Replik hoben die Klägerinnen hervor, daß sie nach der rechtlichen Natur des Anschlags=Vertrags zur Erhebung der Klage berechtigt seien.

Das Gericht verwarf den hiergegen gerichteten Einwand und erkannte auf den entsprechenden Beweis. Das Gericht zweiter Instanz reformirte, indem es diesen Einwand als begründet erachtete und die Klage abwies.

Das oberste Gericht stellte durch Erkenntniß vom 13. Januar 1854 das Urtheil erster Instanz her, nach Anleitung des ausgearbeiteten Gutachtens wesentlich aus folgenden Gründen: Es ist außer Zweifel, daß die Klägerinnen bei Abschluß jenes Gutsanschlags=Vertrags nicht mitwirkten, so daß sich die Frage erhebt, ob ihnen ein Klagrecht zusteht.

Nach älterem römischen Recht ist die Ausbedingung einer Leistung zu Gunsten eines Dritten sowohl unter den Contrahenten, als auch in Bezug auf diesen, dem hieraus kein Klagrecht erwächst, unwirksam. Dieser nach dem neusten römischen Recht in Bezug auf die Contrahenten modificirten, in Bezug auf Dritte aber im wesentlichen noch geltenden Regel steht eine Reihe von Ausnahmen gegenüber, in denen namentlich dem Dritten ein Klagrecht erworben wird [2]). Dahin gehört namentlich der Fall, wenn Jemand seinen Erben eine Leistung versprechen läßt, wie ja auch in gewissen Fällen der Besteller einer Brautgabe bestimmten dritten Personen ein Klagrecht auf Zurückgabe dieser Brautgabe bedingen kann. Indessen hat auch die Regel durch Fortbildung des Rechts und so auch in der Rechtsprechung ihre Geltung verloren, indem der entgegengesetzte Grundsatz zur Herrschaft gelangte, daß ein zum Besten eines Dritten abgeschlossener Vertrag unter den Contrahenten, ohne Rücksicht auf ein diese selbst berührendes Interesse, rechtsgültig sei und der Dritte, ohne Cession der Klage, ein selbstständiges Klagrecht gewinne, sobald er diesem Vertrage ausdrücklich oder durch sprechende Handlungen, als welche auch die Erhebung der Klage selbst erscheint, beigetreten ist und der zu seinen Gunsten Contrahirende nicht vor diesem Beitritte das Bedungene dem Promittenten wieder erließ.

(Glück, Erläut. der Pandekten Thl. IV. S. 564, Th. XXV, S. 372. Thl. XXXVIII. S, 68 rc. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, S. 87, 147. Beseler,

2) Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Arndts rc., Bd. I. München 1853, S. 321.

Digitized by Google

Lehre von den Erbverträgen, Thl. 2. Bd. II. S. 71—83. Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, herausgegeben von Huschke, Bd. I, S. 188).

Dieser Rechtsprechung ist auch das Tribunal in einer Reihe von Entscheidungen gefolgt[3]). Schon hiernach erscheint das den Appellanten zustehende selbstständige Klagrecht, hergeleitet aus dem von ihrem Vater zu ihren Gunsten angeblich eingegangenen Vertragsverhältnisse, auch ohne von demselben hierzu ertheilte Ermächtigung, als gnügend begründet. Jedenfalls kommt entscheidend in Betracht, daß der klagend verfolgte Anspruch eine von dem Vater der Klägerinnen bei Abschluß jenes Vertrags mit dem Beklagten für dessen Geschwister ausbedungene Abfindungssumme zum Gegenstand hat. Solche Verträge können ein reines Kaufgeschäft enthalten. Enthält ein solcher Gutsanschlag die Uebergabe des elterlichen Vermögens in der Art, daß den Geschwistern des Uebernehmers eine Abfindung bedungen und diesem selbst die Ansichbehaltung seines Antheils an der Anschlagssumme gestattet wird, wie hier, so erscheint ein dem deutschen Recht angehörendes Rechtsgeschäft, das der unbedingten Anwendung des röm. Rechts entzogen ist. Bei solchen Geschäften treten in der Regel ganz oder theilweise die Voraussetzungen einer anticipirten Erbfolge von der Zeit der Uebergabe des Guts an ein. Von Seiten des übergebenden Vaters (resp. Eltern) findet eine Theilung seines Vermögens unter seine Kinder statt; anderen Theils vertritt er hierbei die Rechte seiner bei Vornahme des Geschäftes nicht zugezogenen Kinder.

(Runde, die Lehre von der Leibzucht, Absch. I. §. 3 rc. bes. S. 313. Pfeiffer, praktische Erörterungen Bd. IV, Nr. VIII. Gerber, System des deutschen Privatrechts 4. Aufl. Jen. 1853, §. 254., vgl mit Beseler a. a. O. Thl. 2, Bd. II. §. 23.

Hiervon ausgehend ist ein den abgefundenen Kindern zustehendes selbstständiges Recht nicht zu bezweifeln, ohne daß es zur Begründung eines Klagrechts einer Ermächtigung des Uebergebers oder einer Abtretung bedarf.

Da in neuster Zeit die Praxis über die angeregte Frage vielfach hervorgetreten ist, so dürfte es bei ihrer Wichtigkeit von Interesse sein, diese Rechtsübung von der Vogelperspective zu überblicken. Daher das Folgende:

---

3) Dieser Praxis ist die beabsichtigte Civilgesetzgebung nicht ganz gefolgt. S. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großh. Hessen. Vierte Abtheilung. Von den Verbindlichkeiten. Erstes Buch. Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen. I. Gesetzentwurf S. 48—50 (Art. 191—197, „von den Wirkungen eines Vertrags in Bezug auf Dritte" handelnd.) II. Motive. S. 103—108.

Digitized by Google

Die Nr. 3. der Blätter für Rechtsanwendung in Thüringen und Anhalt von 1855 theilt S. 77—79. unter der Aufschrift: Zur Frage über den Einfluß der Verträge auf Dritte einen Rechtsfall mit. In einem Vertrage, durch welchen ein Grundeigenthümer seinem Sohn sein sämmtliches unbewegliches Vermögen abtrat, war bedungen worden, daß Letzterer des Ersteren Schulden tilgen solle. Darauf gestützt machte ein Anwalt seine Deservitenforderung an Ersteren gegen Letzteren geltend. In erster Instanz wurde dahin erkannt, daß die Klage zulässig sei, zunächst aus dem Grunde, weil die sächsische Praxis dem Dritten, sobald er den Vertrag acceptirt habe, ehe die Contrahenten von demselben zurückgetreten seien, die Klage gestatte. Das Appellationsgericht in Eisenach reformirte dahin, daß diese angebrachtermaßen abzuweisen sei. Die Ansicht, als wenn der Grundsatz des römischen Rechts, daß in der Regel aus den Verträgen zwischen Dritten keine Rechte hergeleitet werden könnten, nicht mehr in Geltung sei, sei von neueren Rechtslehrern, namentlich von Savigny, verlassen worden, und wenn auch die Praxis keine gleichförmige sei, so könne doch am allerwenigsten einem solchen Vertrage jene Wirkung beigelegt werden, wenn, wie in dem vorliegenden Fall, nicht dem Dritten ein Klagrecht bedungen, sondern nur eine Verbindlichkeit des einen Contrahenten gegen den andern festgesetzt worden sei.

Würde diese Rechtssache an das oberste Gericht, das Oberappellationsgericht in Jena, erwachsen sein, so würde wohl, in Gemäßheit der Praxis desselben, welche sich bei Seuffert, Arch. der Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. VII, Nr. 22, 23. beurkundet findet, confirmatorisch erkannt worden sein[4]).

Sonst steht die Rechtsprechung anderer oberster Gerichtshöfe der des Oberappellationsgerichts in Darmstadt zur Seite, so die des OAG. in Cassel, (Seuffert, Archiv, Bd. III. Nr. 31, 32, 34.) namentlich bei „Theilungsverträgen zwischen Eltern und ihren großjährigen Kindern, worin diesen die Herausgabe eines Vermögensantheils an ihre minderjährigen, bei der Vertragsschließung nicht vertretenen Geschwistern auferlegt wird“ die des Obertribunals in Berlin, (Seuffert, Archiv, Bd. III, Nr. 90), das der Ansicht zugethan ist, „daß bei den deutschrechtlichen Gutsabtretungen den Abfindlingen ein unmittelbares Klagerecht gegen den Annehmer zustehe“.

Auch das Oberappellationsgericht in Dresden (Seuffert, Archiv, Bd. III, Nr. 312, Bd. VI. Nr. 21) erkannt „ein Recht des Dritten, zu dessen Gunsten zwei Personen contrahirt haben, aus diesem Vertrage gegen den Promitten zu klagen“, an, und die gleiche Praxis herrscht bei dem OAG. in München. (Seuffert, Archiv, Bd. III, Nr. 33).

B—pp.

4) Vgl. jedoch Bd. VIII, Nr. 30.

Digitized by Google

19.

Auslegung eines Vertrages: ob Erbvertrag, oder mit der sofortigen Uebernahme des ganzen Vermögens verbundener Alimentations-Vertrag des Uebertragenden.

Zwischen Wtw. Christine Schneider und Gg. Querner wurde folgender Vertrag unterm 10. Okt., 1840 abgeschlossen:

1) Die genannte Wtw. überläßt ihrem Schwestersohne Georg Querner ihr gesammtes Vermögen, es möge bestehen worin es wolle, von heute an zu Erb- und Eigenthum und cedirt insbesondere demselben hiermit auch alle ihr zustehenden Forderungen.

2) Dagegen verpflichtet sich G. Querner seiner Tante bis an ihr Lebensende den Gebrauch der Kleidungsstücke, Meubles, Weißzeugs, Bettwerks, Küchengeschirrs und allen sonstigen Hausraths frei und unbehindert zu belassen.

3) Derselbe verpflichtet sich ferner der W. Schneider jährlich bis zu ihrem Ableben die Summe von 300 Gulden zu zahlen; diese Summe solle in einer näher bestimmten, hier nicht weiter interessirenden Weise entrichtet werden.

4) G. Querner hat während des Lebens seiner Tante sie nicht nur jederzeit freundschaftlich, wohlwollend und zuvorkommend zu behandeln, sondern auch auf Verlangen alle Geschäfte für sie ohne Widerrede bestens zu besorgen, und ihr in kranken Tagen alle Pflege und Wartung ebenfalls auf seine Kosten angedeihen zu lassen, ihr namentlich in diesem Falle für eine Krankenwärterin, ärztliche Hülfe und Medikamente zu sorgen.

5) G. Querner verpflichtet sich weiter, nach dem Ableben seiner Tante ihr ein anständiges Begräbniß zu veranstalten.

6) G. Querner verpflichtet sich außerdem, nach dem Tode der W. Schneider an einen gewissen Carl Schneider bestimmte Summen und Gegenstände zu verabfolgen; sollte Carl Schneider ohne Leibeserben versterben, so sollte die ihm zugewendete Summe an G. Querner zurückfallen, wie überhaupt alle Bestimmungen zu dessen Gunsten wegfallen sollten, wenn C. Schneider vor der Wt. Schneider versterben solle.

7) Außerdem sollte Susanne Schneider bestimmte Objecte und im Falle deren Todes vor der Wt. Schneider die Kinder jener diese erhalten.

8) Sollte G. Querner vor Wt. Schneider versterben, so sollten seine Erben oder sein Erbe in seine Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie dieser Vertrag bestimme, eintreten.

Nach dem Tode der Wt. Schneider wurde G. Querner von einem Gläubiger der ersteren auf Bezahlung seiner Forderung in Anspruch genommen, indem behauptet ward: Qu. sei in Folge jenes

Digitized by Google

Vertrages deren Erbe geworden; dieser Vertrag führe einen Erbvertrag in sich; dem G. Querner sei darin das gesammte Vermögen der Christ. Schneider als Erb- und Eigenthum überlassen, unter der sich von selbst verstehenden und auch ausdrücklich ausgesprochenen Voraussetzung, daß G. Querner die Wt. Schneider überlebe. Diese Voraussetzung liege schon in der Ueberlassung des gesammten Vermögens als Erb- und Eigenthum ausgesprochen; dieselbe ergebe sich aber auch bestimmt aus pos. 8. Sei hier ein reines Geschäft unter Lebenden gemeint gewesen, so habe sich das darin Angeordnete von selbst verstanden, es hätte keiner ausdrücklichen Anordnung bedurft. Durch dieselbe spreche sich der den Vertrag leitende und beherrschende Gedanke auf das Prägnanteste aus.

G. Querner bestritt aber seine Eigenschaft als Vertragserbe. Der Vertrag enthielte eine sofort wirksame Vermögensabtretung an ihn und die Uebernahme der Alimentation der Cedentin, so wie auch die von Verpflichtungen zum Vortheile anderer Personen. Es fehlten alle Merkmale eines Erbvertrages; es sei als Gegenstand desselben nirgends die Beerbung der Wt. Schneider bezeichnet. Der Ausdruck „Ueberlassung zum Erb- und Eigenthum“ sei ein sehr gewöhnlicher für vollständige definitive Uebertragung; die Bestimmung der pos. 8. aber habe nur mögliche Zweifel und Streitigkeiten abschneiden sollen; es könne aus ihr die behauptete Folgerung nicht abgeleitet werden.

In drei Instanzen, zuletzt von Gr.-Oberapp.- und Caff. Gericht, wurde erkannt, der erwähnte Vertrag sei kein Erbvertrag und G. Querner mithin nicht als Erbe anzusehen. Dieser habe gegen die sofortige Ueberlassung des Schneider'schen Vermögens nur genau und scharf begrenzte Verpflichtungen übernommen; sogar die Verpflichtung zur Veranstaltung eines anständigen Begräbnisses sei ausdrücklich aufgeführt; wäre die Absicht gerichtet gewesen auf Begründung eines Erbrechts, so hätte sich diese Bestimmung von selbst verstanden. So wie Querner nur bestimmte Verpflichtungen übernommen, so sei ihm auch nur das zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene, das damals gegenwärtige Vermögen überlassen worden, und zwar schon von heute an, also bei Lebzeiten der Wt. Schneider. Es fehlten somit überall die charakteristischen Merkmale eines Erbvertrages; dieser Auffassung stünden auch nicht entgegen die hervorgehobenen Worte „Erb- und Eigenthum“, die angezogene pos. 8 rc. des Vertrages [1])“. F—r.

1) In den Verhandlungen und Entscheidungen wurden zwar nicht die principiell-verschiedenen Auffassungen des Erbvertrages ausdrücklich hervorgehoben; indessen ist deren Einfluß auf die Entscheidung selbst nicht zu verkennen. Nach Beselers Auffassung, die Lucrativität, die Unentgeldlichkeit der Berufung zum Erben sei ein in der Regel erforderliches Moment. Gegenleistungen des Erbnehmenden dürften nur eine untergeordnete Stelle im Erbvertrage einnehmen, — müßte

Digitized by Google

20.

Die Folgen des Verzugs bei verkauften und nicht rechtzeitig gelieferten Früchten, resp. Liquidation der deßfallsigen Entschädigungsansprüche betr.

(S. dieses Archiv Bd. 2. XVIII. Nr. 17. und Bd. 3, XIX. Nr. 28)

Im Juli 1852 verkaufte J. Jost zu Oberramstadt dem G. Frohmann zu Oberau 100 Malter Korn à. 6. Fl. per Mltr. lieferbar Martini 1852. Er lieferte nicht und wurde durch Erkenntniß Gr. Landgerichts Darmstadt vom 30. März 1854 verurtheilt, dem Kläger 100 Malter Korn gegen Entrichtung des bedungenen Kaufpreises zu liefern und ihm den durch verspätete Lieferung seit Martini 1852 erwachsenen Schaden, nach dessen vorgängiger Liquidation, zu ersetzen.

Nachdem Beklagter am 9. Juli 1855 dem Kläger 100 Mlt. Korn geliefert hatte, liquidirte dieser den ihm durch verspätete Lieferung erwachsenen Schaden in der Weise, daß er ohne weitere Begründung die Differenz des für das Korn bedungenen Kaufpreises und des höchsten Preises ansprach, welchen dasselbe von dem bedungenen Lieferungstag bis zu der erfolgten wirklichen Lieferung, also während der ganzen Zeit des dem Beklagten zur Last fallenden Verzugs und namentlich am 4. Juni 1854 gehabt habe.

Dieser Liquidationsklage setzte Beklagter wegen Mangels thatsächlicher Begründung die Einrede der Ineptie entgegen und verband damit eventuell negative Contestation. Kläger beschränkte sich replicando auf Anrufen des Rechtssatzes, wornach der Säumige den höchsten Preis der Verzugszeit erlegen müsse und demzufolge seine Liquidationsklage thatsächlich genügend begründet sei. In der Duplik wurde nachgezeigt, daß der angerufene Rechtssatz, dessen Anwendbarkeit in Fällen der vorliegenden Art (wo der Vertragsgegenstand geliefert und nur der durch verspätete Lieferung wirklich erwachsene Schaden rechtskräftig zuerkannt worden)

---

dem vorliegenden Vertrage wohl die Eigenschaft eines Erbvertrags abgesprochen werden. Die Auffassung Hasse's u. Mühlenbruchs, welche auch einen vollständig mit Gegenleistungen verbundenen Erbvertrag anerkennen; ja das Erbrecht in das Vermögen eines der Paciscenten um einen Kaufpreis erwerben lassen wollen, dürfte zu einer anderen Entscheidung des mitgetheilten Falles führen. Die Darstellungen der verschiedenen Meinungen s. übrigens bei Beseler Erbverträge II. Theil 1. Band §. 8. — In einem dem mitgetheilten ähnlichen Falle, hat das OA.- und C.-Ger. in Darmstadt einem als Erb- und Verpflegungs-Vertrags ausdrücklich bezeichneten Uebereinkommen gleichfalls die Eigenschaft eines wirklichen Erbvertrags abgesprochen (1855). S. Seuffert, Arch. für die Entsch. Bd. IX. Nr. 155.

Digitized by Google

noch sehr zweifelhaft sei, einer thatsächlichen Liquidation wohl zu Grunde gelegt werden könne, diese aber nicht entbehrlich mache. Aus den liquidando hervorgehobenen Preisangaben folge, stünden sie richtig, nur eine höchst unwahrscheinliche Möglichkeit, daß Kläger, wäre ihm rechtzeitig geliefert worden, den beanspruchten höchsten Preis habe erzielen können, keineswegs aber auch nur eine Wahrscheinlichkeit, daß er ihn wirklich gemacht haben würde.

In dieser Beziehung fehle es der Klage an aller thatsächlichen Begründung, an factischen Momenten, die gegen Uebertreibung Garantie gäben.

Gr. Landgericht verwarf durch Erkenntniß vom 23. Nov. 1855 unterstellte Einrede und auferlegte dem Kläger Beweis dahin: „daß der Preis des Korns zur Zeit der Lieferung 10 Fl. 10 Kr. per Malter betragen habe, dagegen in dem Zeitraume von Martini 1852 bis zur Lieferung sich der Durchschnittspreis bis auf den Betrag von 15 Fl. 21 Kr. per Malter gestellt habe".

Gegen dieses Erkenntniß ergriff Beklagter die Berufung an Gr. Hofgericht zu Darmstadt, indem er beantragte, die Liquidationsklage wie angebracht abzuweisen, und zur Begründung dieses Antrags das schon in erster Instanz Angedeutete noch näher ausführen ließ.

Gr. Hofgericht bestätigte durch Erkenntnis vom 9. Febr. 1856 die landgerichtliche Entscheidung, jedoch lediglich mit Rücksicht auf Nr. 16. seiner gedruckten Präjudizien, also lautend:

„In Fällen des Verzugs, wo der Werth eines zu leistenden Objects als Schadensersatz prästirt werden muß, wird auf den höchsten Werth, vom Anfang des Verzugs bis zum definitiven Erkenntniß erkannt, und zwar selbst wenn ein bestimmter Zahlungstermin festgesetzt ist. Ist vor dem Endurtheil die Sache geliefert worden, z. B. die schuldige Frucht, und der Empfänger hat durch Annahme derselben seinen Entschädigungsansprüchen nicht entsagt, so steht ihm frei, den höchsten Preis des Zeitraums zwischen dem Tage, an welchem die Lieferung hätte geschehen sollen, und dem Tage, an welchem sie wirklich stattgefunden hat, in Ansatz zu bringen, und die Differenz sammt Zinsen des Verzugs in Anspruch zu nehmen".

Gr. Oberappellationsgericht, wohin Beklagter weiter appellirte, erkannte aber am 18. April 1856:

„Daß das angefochtene Hofgerichtserkenntniß, sowie die durch dasselbe bestätigte Entscheidung Gr. Landgerichts Darmstadt vom 23. Nov. 1855 aufzuheben und die von dem Oberappellaten erhobene Schadensliquidationsklage, als in der angebrachten Art unzulässig abzuweisen sei, unter Verurtheilung des Klägers und Oberappellaten in die Kosten der drei Instanzen".

In dem die Entscheidungsgr. vertretenden Gutachten wird gesagt: In der unbedingten und allgemeinen Verurtheilung des Be-

Digitized by Google

klagten zum Schadensersatz ist die Verbindlichkeit desselben sowohl zum Ersatz des von ihm durch die Unterlassung der Lieferung erwachsenen positiven Schadens, als auch zur Vergütung des lucrum cessans, d. h. des dem Kläger dadurch begründeten Schadens, daß ihm Gewinn entging, auf den er mit Sicherheit rechnen konnte, und der als eine nothwendige von dem andern Contrahenten nicht zu vermeidende Folge der unterbliebenen Leistung erscheint, enthalten. Dieses stimmt auch mit den, die mora betreffenden, gesetzlichen Bestimmungen vollständig überein, da bekanntlich der säumige Schuldner, dessen Verbindlichkeit perpetuirt wird, für das gesammte Interesse haftet, hinsichtlich dessen nach neustem Rechte eine jede aus der Natur des Geschäfts erwachsende Klage für zulässig gehalten werden muß. Kommt hierbei, wie im vorliegenden Falle, nicht der eingetretene Untergang der zu liefernden Sache, oder der Fall in Frage, daß das id quod interest seinem ganzen Umfange nach an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt, handelt es sich vielmehr nur von dem Ersatz des lucrum cessans neben der im Uebrigen fortbestehenden vertragsmäßigen Leistung, so ist dem Gläubiger gesetzlich gestattet, die Differenz des bedungenen Preises des Vertragsobjects und des höchsten Werths desselben nach eingetretenem Verzuge in Anspruch zu nehmen. Ueber den Zeitpunkt, welcher bei der Vergütung des zu ermittelnden Interesses in Betracht kommt, bestehen bekanntlich sehr verschiedene Ansichten (Glück, Pand. Bd. XIII. §. 844, v. Savigny, System Bd. VI. §. 275 bis 277 rc.)[1]. Nach den Bestimmungen in l. 3. § 2. D. 13, 16. l. 3. §. 3. l. 21. §. 3. D. 19. 1. l. 3. 4. D. 13, 3. l. 8. §. 1. D. 13, 1 etc. muß jedoch die Meinung für die richtige gehalten werden, nach welcher das hier in Betracht kommende Interesse nach dem höchsten Preis des Vertragsobjects von der Zeit der unterlassenen Lieferung bis zum Endurtheile resp. bis zur bewirkten Lieferung zu bestimmen ist. Insbesondere beruht die Annahme, daß in dem Fall der Festsetzung eines bestimmten Lieferungstages die Bestimmung des höchsten Preises auf diesen Tag zu beschränken sei, in der hier in Betracht kommenden Beziehung auf keinem haltbaren Grunde, indem die betreffenden Gesetze, gleich denjenigen, welche ausschließlich die Zeit der erfolgten Condemnation berühren, theils nur die aestimatio einer vernichteten oder unbrauchbar gewordenen Sache unterstellen, theils voraussetzen, daß

1) Die Ansicht Glücks wird auch auch im Wesentlichen getheilt von Wolf in der Lehre von der Mora. Göttingen 1841. Nach diesem Schriftsteller kann der Gläubiger den höchsten Preis der Sache von der Zeit der Mora bis zur wirklich erfolgten Leistung oder bis zur geschehenen Verurtheilung in Anspruch nehmen. siehe §. 39. l. c. Ueber die Ansichten Anderer, namentlich Büffs, Madai's, Mommsens, Windscheids, vgl. Bd. 3 dieses Archivs S. 167. Note 25.

H.

Digitized by Google

die Preise des Obligationsobjects sich nach der bedungenen Lieferungszeit vermindert und so gerade an dem Lieferungstage oder zur Zeit der Condemnation der höchste Preis derselben bestanden habe. Diese Grundsätze sind als Regel von diesem obersten Gericht in einer ganzen Reihe von Fällen befolgt worden." Von dieser gesetzlichen Regel resp. von der für die Ermittlung des lucrum cessans in Fällen der hier vorliegenden Art von den Gesetzen bestimmt festgesetzten Norm wurde indessen in mehreren Fällen dann eine Ausnahme als bestehend angenommen, wenn fungible Sachen, welche nur während einer bestimmten Zeit, ohne deren gänzlichen Untergang oder doch ohne Verschlechterung, aufbewahrt werden können, in genere den Gegenstand eines Vertrags und einer in Gemäßheit desselben zu bewirkenden Lieferung bilden, indem in diesem Fall die Berechnung des höchsten Preises des Vertragsobjects nur bis zu der Zeit der Unmöglichkeit der ferneren Aufbewahrung des Vertragsgegenstandes in Berücksichtigung kommen könne [2]). Die Richtigkeit dieser Beschränkung der allgemeinen Regel folgt auch zur Genüge aus den von dem Schadensersatz und namentlich von der Vergütung des entzogenen Gewinns bestehenden allgemeinen Grundsätzen, mit welchen der Ersatz des interesse morae im Wesentlichen nur mit der Beschränkung zusammenfällt, daß für letzteres die Berücksichtigung der näher bestimmten Preisdifferenz während eines gewissen Zeitraums speziell festgesetzt ist. Denn es leuchtet wohl von selbst ein, daß nur so lange von der Möglichkeit der Erlangung des höchsten Preises eines Gegenstandes die Rede sein kann, als dieser überhaupt oder doch nicht in einer

---

2) Nimmt man einmal an, daß der Käufer den Mehrwerth, den Gegenstände der verkauften Art zu der Zeit, wo diese im Preise am höchsten standen, gehabt haben, nur dann ansprechen könne, wenn die in genere verkauften Gegenstände — ihrer natürlichen Beschaffenheit nach — sich in ihrer Integrität zu der fraglichen Zeit erhalten hätten, und dies von dem Käufer behauptet worden sei, so wie wenigstens wahrscheinlich gemacht werde, so wird auch wohl der weitere Wahrscheinlichkeitsbeweis erforderlich sein, daß der Käufer die erkauften Gegenstände im Falle rechtzeitiger Lieferung auch zu der Zeit verkauft haben würde, wo Gegenstände dieser Art im Preise am höchsten standen. Denn eine natürliche Vermuthung spricht hierfür noch nicht. Man kann nicht sagen, daß ein bonus pater familias und mithin der Käufer als solcher auch gerade den günstigsten Zeitpunkt für den Verkauf solcher Gegenstände benutzt, daß er diese nicht früher oder später verkauft haben würde. Denn eine Berechnung, welcher Zeitpunkt der günstigste sei, liegt unter dem Kreise einer gewöhnlichen menschlichen Einsicht. Oder will man den Gläubiger hier mit künstlichen Vermuthungen zu Hülfe kommen? Oder will man nur die blose nackte Möglichkeit eines derartigen Gewinns durch den Weiterverkauf zur Zeit des höchsten Werths der verkauften Gegenstände wahrscheinlich gemacht haben, und aus welchem Grunde? H.

Digitized by Google

verschlechterten Qualität existirt, mithin auch nach dieser Zeit die Möglichkeit eines durch Erlangung des höchsten Preises zu machenden Gewinns für ausgeschlossen gehalten werden muß. Nicht weniger steht dieser Ansicht wenigstens analog der bekannte, fast allgemein anerkannte, gesetzliche Grundsatz zur Seite, daß der debitor morosus von dem Schadensersatz frei ist, wenn eine nicht gelieferte Sache nach deren Ueberlieferung auch bei dem Gläubiger durch Zufall zu Grunde gegangen wäre oder Verlust im Werthe erlitten haben würde[3]). (Glück, Bd. IV. S. 416 fgg.). Da nun überhaupt zur Begründung des lucrum cessans keine absolute Gewißheit verlangt werden kann, sondern ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für den zu machenden Gewinn, nach der wohl richtigen Ansicht, genügt und hiernach bei der Beurtheilung nothwendig Vieles dem vernünftigen richterlichen Ermessen überlassen bleiben muß, so wird zur gehörigen Begründung einer auf fungible Sachen der ebenerwähnten Art sich beziehenden Schadensliquidation, abgesehen von der Wirklichkeit und Größe des geforderten Schadens, wohl mit genügendem Rechtsgrunde die Angabe solcher factischen Momente erfordert, welche dem Gericht einen genügenden Anhaltspunkt dafür gewähren, daß dem Liquidanten nach den concreten Verhältnissen im Allgemeinen möglich gewesen sein würde, den entbehrten Gewinn zu machen.

Vergleicht man mit diesen, von dem höchsten Gerichtshof schon mehrfach gebilligten Grundsätzen den vorliegenden Schadensersatzanspruch, so findet man, daß es demselben an der factischen Begründung fehlt. Es mangelt jede Angabe solcher factischen Momente, welche zur Erläuterung des Umstandes dienen könnten, daß und in wie weit Oberappellat eine im November 1852 zu liefernde, so beträchtliche Quantität Korn, wie die von dem Oberappellanten erkaufte, die offenbar zum Handelsverkehr bestimmt war, im Fall der wirklich zu der bedungenen Zeit erfolgten Ueberlieferung derselben bis zum 14. Juli 1854 unverkauft aufbewahrt haben und ihm so die Erlangung des damaligen höchsten Preises noch überhaupt möglich gewesen sein würde, sowie, daß sich dieselben nach Ablauf einer so geraumen Zeit in quali et quanto in dem nämlichen, mithin zur Erlangung des damals bestandenen höchsten

3) Ueberall durchgreifend ist wenigstens diese Analogie nicht. Denn der Gläubiger, — welcher die versprochene Quantität fungibler Sachen nicht erhält — kann jedenfalls den etwa höheren Werth derselben zur Zeit der Condemnation — ohne sich überhaupt auf die mora des Schuldners berufen zu müssen, — in Anspruch nehmen, quia hodie dandum est, und weil es nicht weiter alsdann darauf ankommt, welchen Werth er hätte erhalten können, wenn die Leistung zur rechten Zeit geschehen wäre. Anders liegt dagegen die Sache, wenn eine species verkauft wurde, welche nicht zur richtigen Zeit geleistet, und nachher durch Zufall (welcher auch beim Gläubiger eingetreten wäre) zu Grunde gegangen ist. H.

Digitized by Google

Preises geeigneten, Zustand befunden hätte. Eine solche Angabe wäre aber hier um so nöthiger gewesen, als sich jene Annahme vorzüglich mit Rücksicht auf die entgegenstehende hohe Unwahrscheinlichkeit nicht so geradezu unterstellen läßt.

Es muß daher die in Rede stehende Schadensforderung für in wesentlichen Theilen lückenhaft und unvollständig gehalten und wie angebracht abgewiesen werden [4]). K—ch.

21.

Aufhören des Retentionsrechtes des Faustpfandgläubigers und antichrotischen Pfandbesitzers im Concurse.

In Seufferts Archiv für Entscheidungen ꝛc. Band IV. Nr. 197 ist eine Entscheidung des Gr.-O.-App.- und C.-Gerichts zu Darmstadt vom 18. Febr. 1848 mitgetheilt, wonach das sog. einfache Retentionsrecht und die darauf gestützte exceptio doli mit der Erkennung des förmlichen Concurses über das Vermögen des Schuldners wegfällt, und dem Berechtigten nur übrig bleibt, die ihm zustehende Forderung im Concurse geltend zu machen.

In der Rechtssache des Präceptors Offenbächer zu Oberohmen, Klägers, gegen Heinrich Henkel von Freiensteinau, Beklagten, Herausgabe von Grundstücken betr., kam unterm 27. Juni 1856 die weitere Frage zur Entscheidung: ob auch das sog. qualificirte Retentionsrecht im Concurse erlösche und ob mithin auch der Faustpfandgläubiger und antichretische Pfandbesitzer zur Ablieferung der Unterpfänder an die Concursmasse verpflichtet sei?

Das Thatsächliche in jenem Falle ist kurz das Folgende:

Ueber das Vermögen des zu Bobenhausen verstorbenen Johannes Glitsch wurde am 4. August 1855 der förmliche Concurs erkannt. In dem über den Nachlaß aufgenommenen Inventare findet sich unter den Passiva eine Forderung des H. Henkel im Betrage von 430 Fl. mit dem Anfügen aufgeführt, daß derselbe für diese Forderung seit sechs Jahren Güterstücke in Abnutzen habe. — Henkel meldete im Liquidationstermine seine Forderung nicht an, verblieb aber gleichwohl im Besitze der ihm vom Cridar antichretisch überlassenen Grundstücke, bis die Masse definitiv vertheilt, und der Rest derselben durch Uebereinkunft der Concursgläubiger den Chirographarien überwiesen worden war. Für sich und als Cessionar der letzteren trat nun der Präceptor Offenbächer mit einer Klage auf Herausgabe der fraglichen Grundstücke gegen den genannten Henkel auf. Der Beklagte schützte auf Grund des

---

4) Tafel auserlesene Civilrechtsprüche Bd. II. Heft 3. Nr. 69. theilt ein Erkenntniß eines württemberg. OG. mit, in welchem im Wesentlichen nach gleichen Grundsätzen erkannt worden ist.

Digitized by Google

ihm zustehenden qualificirten Retentionsrechtes die exceptio doli vor und behauptete, als antichretischer Pfandbesitzer überhaupt nicht verpflichtet gewesen zu sein, sich im Liquidationstermine mit seinen Forderungen anzumelden.

Die Sache gelangte durch Appellation beider Theile an das höchste Tribunal, welches den Ansichten seiner Referenten beitrat, daß auch das Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers und antichretischen Pfandbesitzers im Concurse erlösche, und daß daher auch ein solcher Gläubiger bei Meidung Ausschlusses seine Forderung im Liquidationstermine anmelden, und das Unterpfand an die Masse abliefern und sein Vorzugsrecht an letzteren geltend machen muß. — Die Motive sagen im Wesentlichen:

„Nach dem heutigen, vorzüglich durch die Praxis ausgebildeten Concursverfahren findet, abweichend vom römischen Rechte, eine Vereinigung aller Ansprüche gegen das Vermögen des Schuldners zu einem ungetrennten Prozeßverfahren statt. Mit der Concurserkennung gehen alle übertragbaren und veräußerlichen Güter auf die Gesammtheit der Creditoren über, welche hierdurch ein selbstständiges Recht auf Befriedigung erlangen. —

Das sog. einfache Retentionsrecht nun begründet an sich nur ein persönliches Recht, das gegen Dritte, dinglich Berechtigte, natürlich nicht wirken kann. Es hört mithin im Concurse auf.

Was dagegen das s. g. qualificirte Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers angeht, so wird aus verschiedenen Gründen dessen Fortdauer auch nach erkanntem Concurse behauptet. Einige Rechtslehrer berufen sich auf die angeblich eigenthümliche Natur des Faustpfandvertrags als eines ursprünglich deutschen Vertrags, auf welchen die Priorität der Pfandgläubiger des römischen Rechtes nicht angewendet werden könne; andere gehen davon aus, daß der Cridar selbst das Pfand nur gegen Entrichtung der Schuld habe zurückfordern können; noch andere führen an, daß der Faustpfandvertrag eine vor der Concurserkennung gültig geschehene Veräußerung enthalte, — und der Faustpfandgläubiger wider seinen Willen zur Veräußerung des Unterpfandes nicht gezwungen werden könne. (Schweppe, Concurs §. 47 u. 60; Günther, Concurs §. 60. u. A. m.). Der entgegenstehenden Ansicht stehen aber zunächst die oben, rücksichtlich des einfachen Retentionsrechts aufgestellten Grundsätze zur Seite und es kommt sodann noch folgendes in Erwägung:

Dem Faustpfandgläubiger verbleibt das Eigenthum der verpfändeten Sache, (Fr. 6. Dig. de P. A—13, 7) und dieses nebst dem Anspruche auf die Hyperocha geht durch die Concurserkennung auf die Creditoren über. Nach der eigenthümlichen Natur des deutschen Concursprozesses sind alle durch Edictalien aufzufordernden Gläubiger, welche Befriedigung aus der Masse erhalten wollen,

Digitized by Google

verbunden, ihre Forderungen im Liquidationstermine geltend zu machen und ein etwaiges Vorzugsrecht zu realisiren. Zu solchen Forderungen gehören auch die, für welche ein Faustpfand gegeben ist. Denn im Concurs muß der Verkauf aller zur Masse gehörenden Gegenstände durch das Gericht öffentlich bewirkt werden; jede separate Veräußerung ist ausgeschlossen. Hieraus folgt, daß der Faustpfandgläubiger zur Ablieferung des Faustpfandes an die Concursmasse verpflichtet ist, ohne daß er jedoch dadurch des ihm im Uebrigen zustehenden Vorzugsrechtes auf Befriedigung aus dem Erlöse der Sache verlustig wird, vorausgesetzt, daß er seine Forderung zeitig angemeldet hat. (Dabelow, Concurs S. 682 u. a. R. m.). Manche Juristen sind zwar der Ansicht, daß wenn dem Faustpfandgläubiger nach dem Liquidationstermine das Faustpfand abgefordert werde, dieser mit seiner Forderung noch gehört werden müsse. (*Leyser*, med. ad pand. sp. 286 m. 2. Trützschler, Lehre von der Präclusion, Abth. II. §. 14. S. 62). Allein diese Ansicht beruht auf der irrigen Grundansicht, daß dem Faustpfandgläubiger die Anmeldung seiner Ansprüche im Liquidationstermine überhaupt nicht obliege und ist deßhalb ungerechtfertigt.

Dieselben Grundsätze müssen auch hinsichtlich des Retentionsrechts des antichretischen Pfandbesitzers zur Anwendung kommen.

Die vom Beklagten vorgeschützte Einrede ist hiernach verwerflich [1])".

B—ff.

Miscellen.

1.

Zur Lehre von den Erbverträgen.

In Sachen der C. Höbels Wittwe zu Heimertshausen, gegen C. Höbels Erben, Errichtung eines Inventars betr., sind durch ein Erkenntniß des OAG. in Darmstadt vom 11. März 1856 folgende Sätze zur Geltung gekommen:

1) Ein die Gültigkeit des Erbvertrags von einer bestimmten Form abhängig machendes Gesetz oder Herkommen läßt sich gemeinrechtlich nicht nachweisen und auch das Particularrecht des Groß-

1) Der entgegengesetzten Ansicht folgen — und halten den Faustpfandgläubiger zur Einlieferung seines Faustpfandes nicht für verbunden u. a. das O.A.Gericht zu Lübeck (Seuffert, Archiv Bd. IV. Nr. 273) und das O.A.Gericht zu Kiel (ebend. Bd. VIII. Nr. 212).

Digitized by Google

herzogthums Hessen enthält keine solche Bestimmung. Die §§. 12. und 13. des s. g. Contractenreglements (von 1769. resp. 1770) schreiben zwar gerichtliche Bestätigung der Ehepacten vor. Diese Vorschrift hat aber zunächst die abzuschließende Ehe, als Hauptsache des Ehevertrags, im Auge. Auf Nebenberedungen (Regulirung des Vermögens und Erbverhältnisse der Ehegatten) kann die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Bestätigung nicht bezogen werden. Es bedarf daher die nachträgliche Abänderung solcher in den Ehepacten enthaltenen Nebenberedungen der richterlichen Confirmation nicht.

2) Eine zwischen (kinderlosen) Eheleuten stattgehabte Vereinbarung, daß der überlebende Ehegatte während seines Lebens mit dem gesammten Vermögen nach Belieben solle schalten und walten können, daß aber nach dessen Tod das Vermögen zur Hälfte auf die Geschwister des Mannes, zur anderen Hälfte auf die der Frau fallen solle, ist als ein Erbvertrag (pact. hereditar. restitutor.), welcher zugleich ein fideicommissum heredi praesenti injunctum enthält, das lediglich eine von dem Erblasser an den Onerirten direct ergangene Auflage voraussetzt, aufzufassen, und es macht dabei keinen Unterschied, ob diese Auflage schriftlich oder mündlich geschehen ist und ob der Onerirte dem Erblasser gegenüber die Erfüllung der ihm gemachten Auflage bereits zugesichert hatte, oder nicht.

3) Aus einem solchen Erbvertrag sind den dritten Honorirten, auch wenn sie nicht mitcontrahirt haben, Ansprüche erwachsen, welche sie selbstständig klagend verfolgen können.

2.

Beweiskraft der Handelsbücher.

In Sachen des S. Halle in Frankfurt a. M. gegen J. Goldstein zu Langsdorf, Waarenkaufschilling betr. ist durch ein Erkenntniß des O.A.G. vom 13. Mai 1856 in Darmstadt ausgesprochen worden:

1) Wenn ein von ausländischen Kaufleuten geführtes und zum Beweise einer Waarenschuld im Inland producirtes Handelsbuch obwohl es nicht ganz den im Ausland deßfalls bestehenden Vorschriften gemäß geführt und eingerichtet ist, doch nach dem im Innland geltenden Recht beweiskräftig erscheint, so kommt letzteres zur Anwendung, weil es sich hier nicht von Formen, die zum Erwerb von Rechten aus Rechtsgeschäften *solennitatis* causa vorgeschrieben sind, also von einer causa obligationis, sondern von Förmlichkeiten, welche die Existenz eines angeblich erworbenen Rechtes beweisen, die also nur *probat.* causa erfordert werden, handelt, der Richter aber zu prüfen hat, ob für ihn, nach den Gesetzen seines Landes, durch die vorgelegten Beweismittel juri-

Digitized by Google

liche Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweissatzes begründet wird.

2) Auch die Vorlage des Journals allein kann zur Führung des Beweises (bis zum Erfüllungseid) genügen, wenn nicht das Resultat einer ganzen Geschäftsverbindung, sondern nur einzelne Waarenverkäufe dargethan werden sollen, wenn es außerdem ordnungsmäßig geführt ist und in dasselbe die betreffenden Händel mit dem nöthigen Detail (Besteller der Waaren, Quantität, Preis, Empfänger) in chronologischer Ordnung eingetragen sind.

3) Enthält das Handelsbuch nichts über die Art und Weise der Bestellung und Versendung, so ist, wenn nichts besonders angeführt wird, zu vermuthen, daß der eingetragene Schuldner auch der Besteller und Empfänger sei.

3.

Provocationen sind außerordentliche Rechtsmittel.

In S. der Vormundschaft des minderjährigen Herrn Grafen Max zu Solms-Rödelheim, Provocantin, gegen das bischöfliche Ordinariat zu Mainz, resp. gegen die vorgebliche Pfarrei Wickstadt, Provocatin, die kirchlichen Verhältnisse zu Wickstadt, besonders die von Seiten des bischöflichen Ordinariats zu Mainz angerühmten desfallsigen Ansprüche betr. verfügte das OAG. zu Darmstadt auf die von dem Anwalt der Ersteren angebrachte Provocationsklage unter dem 16. Juni 1846:

„in Erwägung, daß eine provocatio ad agendum als außerordentliches Rechtsmittel nach der auch in der Praxis dieses obersten Gerichts befolgten richtigeren Lehre nur in dem Falle stattfindet, wenn dem Provocanten kein anderer ordentlicher Rechtsweg übrig bleibt, seine Zuständigkeit gegen den Provokaten geltend zu machen, dieser Fall aber in Absicht auf das in der hier angebrachten Provocationsklage angegebenen Verhältnisse nicht eintritt, indem der Provocantin der Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels zu Gebote steht, wodurch sie sich gegen diejenigen Ansprüche, welche sich die provocantische Seite auf das Eigenthum der Provocantin anmaßen soll, zu sichern vermag, wird die Provokationsklage als unstatthaft hiermit abgewiesen".

4.

Die Beschlagnahme von Gesinde- und Taglohn.

Bei den Großh. hessischen Gerichten bestehen über die Statthaftigkeit der Beschlagnahme von künftigem Gesinde- und Taglohn verschiedene Ansichten. Das Gr. Ministerium der Justiz, bei welchem dieser Gegenstand zur Herbeiführung einer gleichförmigen

Digitized by Google

Praxis zur Sprache gebracht worden war, hat sich, nachdem die beiden Hofgerichte in Darmstadt und Gießen, sowie das OAG. mit Bericht gehört worden war, für die von dem Hofg. zu Gießen in seiner Rechtsprechung befolgte Ansicht ausgesprochen. In einem Communicativschreiben vom 27. Mai 1856 an das Minist. des Innern wird hierüber Folgendes gesagt:

Ein bereits verdienter und fälliger Lohn ist als wirkliches Vermögensstück des Bediensteten, Handwerkers, Taglöhners, Knechts ꝛc. zu betrachten und derjenige, welcher den Lohn zu bezahlen hat, kann kein rechtliches Interesse dabei haben, wenn dieser fällige Lohn von einem Dritten in Anspruch genommen wird. Ein ganz anderes Verhältniß tritt bei erst noch zu verdienendem noch nicht fälligem Arbeits- ꝛc. Lohn ein, denn

1) ist dieser Lohn noch kein Vermögensstück des Bediensteten oder Handwerkers. Er wird dies erst, wenn die Dienste geleistet sind, oder die Arbeit abgeliefert ist, denn jetzt erst ist der Arbeitgeber zur Zahlung verbunden. Es kann aber auch

2) um deswillen kein Beschlag auf solchen Lohn ꝛc. gelegt werden, weil dadurch das Recht eines Dritten, des Arbeitgebers, gekränkt wird. Der Bedienstete oder Handwerker kann seine Verbindlichkeiten gegen seinen Contrahenten der Natur der Sache nach nur dann erfüllen, wenn er während derselben der Gegenleistung nicht beraubt wird.

3) So wie die entgegenstehende Meinung uns hiernach im Principe als unrichtig erscheint, so halten wir solche nicht einmal für besonders practisch. Der Diener oder Arbeiter kann und wird auch in der Regel von dem Momente der Beschlagnahme des Lohns seine Dienste oder Arbeiten einstellen, in welchem Falle dem Beschlagnehmer nichts genützt, und nur der Arbeitgeber beschädigt wird; denn Niemand wird wohl dem Dienstherrn oder Arbeitgeber die Verpflichtung auflegen wollen, den Diener ꝛc. auf Erfüllung des Contracts zu belangen, damit die Beschlagnahme wirksam sein kann.

S—r.

5.

Zulässigkeit der Begründung der dinglichen Klage durch Anführung des fundamentum agendi remotum.

Die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts in Darmstadt hat constant folgende Sätze befolgt:

1) Zur Begründung der Eigenthums- so wie jeder anderen dinglichen Klage genügt die Anführung des fundamentum agendi remotum.

2) Ist aber in der dinglichen Klage das fundamentum agendi proximum angeführt, so ist der Kläger auf dessen Beweis zu be-

Digitized by Google

schränken; es kann ihm nicht der Beweis der Existenz seines Rechts auferlegt werden. Durch eine solche Beweisauflage würde der Gegner des Kl., in der Vertheidigung verkürzt und in das Beweisverfahren Erörterungen getragen werden, die in das erste Hauptverfahren gehörten.

Urtheil v. 1. Juni 1847 in S. Wießner zu Stockstadt, jetzt die Gemeinde das., gegen Herbert und Keller das., jetzt gegen den großh. Cameralfiscus, das Lehmgraben auf der Stockstädter Gemeindeweide betr. [1]). F—r.

---

1) Diese so wie andere Entscheidungen des OAG. in D. hatten nur zum Gegenstand die rei vindicatio, actio negatoria des Eigenthümers, die actio confessoria des Servitutberechtigten. Ob die hier angenommenen Grundsätze auch Anwendung finden sollen auf die actio hypothecaria, darüber ist dem Einsender die Ansicht des höchsten Gerichtshofes nicht bekannt geworden.

Druckfehler.

Im III. Bd. 3. Heft ist S. 341 Zeile 17 statt Indicium zu lesen Indicium.

Im IV. Bd. S. 56 Z. 3 ist statt differe zu lesen diffère, statt essentullement — essentiellement; auch sind hier noch einige andere leicht bemerkbare Druckfehler zu berichtigen.

Ebendas. 1. H. lies S. 160 Z. 10 v. oben st. „Rechtsfalls" — „Rechtsfalle".

Ebendas. Z. 18 statt „Votante" — „Votanten".

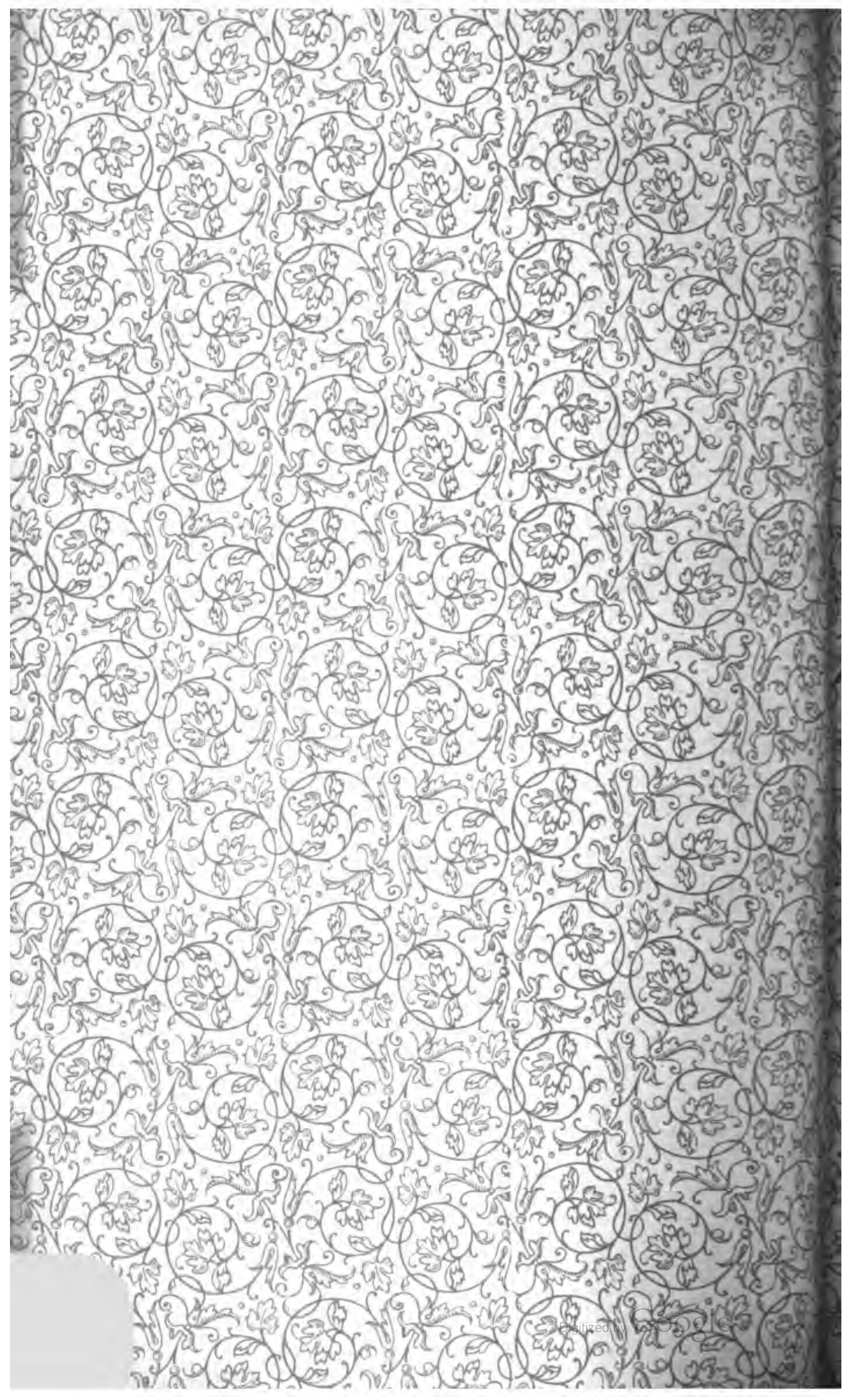
Ebendas. Z. 21 muß es statt „Das" heißen „das", so daß nach Beseitigung des Punktes vor „das", die folgenden Worte mit den vorhergehenden Einen Satz bilden.

Ebendas. Z. 2 von unten: Der hier mitgetheilte Rechtsfall hatte, statt in den Text aufgenommen zu werden, in Note 19 den dort gedruckten Worten folgen sollen, wie bereits in der Note * auf S. 263 angedeutet worden ist.

Ex. A. L., V.
3/31/04.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google


Digitized by Google

